Münster.1930.№ 9a Jur. Diss.

Die Einrede der mangelnden Vorleistung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität zu **Münster** i. W.

vorgelegt von

Gerichtreferendar **WERNER KÖTTGEN**

aus Dortmund

1930

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent Herr Prof. Dr. Kreller

Korreferent Herr Prof. Dr. Jacobi

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555425_0138

Literaturverzeichnis

A. Kommentare

1. zum BGB.

Fischer-Henle: 13. Aufl. München 1927.
Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB München 1900.
Lindemann-Soergel: 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Oertmann: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927. Recht der Schuldverhältnisse 5. Aufl. Berlin 1928/29.
Planck: Bd. I, 4. Aufl. 1913. Bd. II, 1. Teil, zit. Pl.-Siber. 4. Aufl. 1914. II, 2. Teil, 4. Aufl. 1928. Bd. V, zit. Pl.-Strohal, 3. Aufl. 1908. sämtlich Berlin.
Rehbein: Berlin 1903.
Reichsgerichtsräte: Kommentar, 6. Aufl. Leipzig 1928. zit. RGR-Komm.
Schollmeyer: München 1900.
Staudinger: 9. Aufl. Bd. I, 1925. Bd. II, 2. 1928. II, 3. 1929. Bd. V 1928. 7./8. Aufl. Bd. II. 1. Teil 1912. sämtlich München-Berlin-Leipzig.
Warneyer: 1. Aufl. Tübingen 1923.

2. zum HGB.

Düringer-Hachenburg: Bd. II, 2. Aufl. Mannheim und Leipzig 1910. zit. Dür.-H.
Staub-Koenige: 12./13. Aufl. Berlin-Leipzig 1926. zit. Staub-K.

3. zum ALR.

Koch: Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten, 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1884.

4. zur ZPO.

Baumbach: 4. Aufl. Berlin 1928.
Förster-Kann: 3. Aufl. Berlin 1926.
Stein-Jonas: 14. Aufl. Tübingen 1928/29. zit. Stein-J.
Seuffert: 11. Aufl. München 1910.
Sydow-Busch: 19. Aufl. Berlin-Leipzig 1926.

B. Lehrbücher

1. des bürgerlichen Rechts

Cosack-Mitteis: Bd. I, 8 Aufl. Jena 1927.
Crome: Tübingen-Leipzig 1900 ff.
Dernburg: 4. Aufl. Halle 1909.
Endemann: Bd. I, 9. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: I. Bd. 1. Abt. 30./34. Aufl. 1928. I. Bd. 2. Abt. 28./30. Aufl. 1928. II. Bd. 3. Abt. 7. Aufl. 1928. sämtlich Marburg.
Kohler: Bd. I, Bd. II, 1. Teil, Berlin 1906.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1910. Bd. II, 1. 1914, Bd. II, 2, 1918. sämtlich München.

2. des Zivilprozeßrechts

Goldschmidt: Berlin 1929.
Hellwig: Lehrbuch Leipzig 1903 (zit. Hellw. Lehrb.).
— System des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I, Leipzig 1912. Bd. II, herausg. von Oertmann, Leipzig 1919 (zit. Hellw.- System).
Kleinfeller: 3. Aufl. Berlin 1925.
Rosenberg: 2. Aufl. Berlin 1929.
Schmidt, Rich.: 2. Aufl. Leipzig 1906.
Weismann: Stuttgart 1905.

C. Weitere Lehrbücher und Monographien

Adler: Die Verteidigung des Vorleistungspflichtigen und des Nachleistungspflichtigen bei gegenseitigen Verträgen. Leipz. Zeitschr. 1913. Sp. 815 ff.
André: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht. Leipzig 1890.

Bache: Der Gruppenakkord bei Kaskel, der Akkordlohn, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge III Berlin 1927, S. 245 ff.
Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. Erlangen 1876.
de Claparède: Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge. Genf 1903.
Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg, Leipzig und Tübingen 1897.
Dernburg: Die Kompensation, 2. Aufl. Heidelberg 1868 (zit. Dernburg Komp.).
— Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 5. Aufl. Halle 1897 (zit. Dernburg, Pr. Pr. R.).
Falkmann-Mugdan: Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Berlin 1914.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. Berlin 1896.
Grote: Der Gruppenakkord bei Kaskel, der Akkordlohn, Berlin 1927, S. 236 ff.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht, Jena 1900 (zit. Hellw. Anspr).
Hoeniger: Gemischte Verträge in ihren Grundformen Mannheim-Leipzig 1910.
Hueck: Der Sukzessivlieferungsvertrag, München-Berlin-Leipzig 1918.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
Kaskel: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. Berlin 1928.
Keller: Noch etwas über die exceptiones non adimpleti und non rite adimpleti contractus, in Bekkers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. IV, S. 337 ff. Leipzig 1860.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.
Krahmer: Gegenseitige Verträge, Halle 1904.
Kreller: Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (Forts.) Arch. ziv. Praxis n. F. Bd. 5 S. 1 ff.
Krückmann: Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, Tübingen 1918.
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jherings Jahrbücher, Bd. 59.
Langheineken: Anspruch und Einrede, Leipzig 1903.
Leonhard: Die Beweislast, 2. Aufl. Berlin 1926.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, Bd. I. Leipzig 1902, Bd. II Leipzig 1908.
Mittelstein: Die Miete, 3. Aufl. Berlin 1913.
Moos: Die Klage auf künftige Leistung 1902.
Nikisch: Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926.
Paech: Der Leistungsverzug, Berlin 1903.
Reuter: Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, Leipzig 1909.
Rieß: Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung (§ 322 Abs. II BGB). Gruchots Beitr. Bd. 51, S. 581 ff.
Rosenberg: Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung, 2. Aufl. Berlin 1923 (zit. Rosenb., Beweisl.).
Ruth: Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, Mannheim 1926.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht, Jena 1904.
Stahl: Die sogenannte clausula rebus sic stantibus im BGB, München 1909.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.
Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, Halle 1903.
Stintzing: Nondum est ex empto actio, München 1893.
Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis, Bd. I, 9. Aufl. Berlin 1913.
Thal: Akkord und patriarische Lohnabreden bei Kaskel, Akkordlohn, Berlin 1927, S. 103 ff.
Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl. Bonn 1896.
Weinmann: Kontraktbruch des Gewerbegehilfen, Diss. Erlangen 1909.
Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. Leipzig 1878.
Windscheid: Pandekten, 9. Aufl. bearbeitet von Kipp, Frankfurt a. M. 1906.
Zaun: Beiträge zur Lehre vom Retentionsrecht im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft, Bd. IV, S. 369 ff., Marburg und Leipzig 1857.

D. Gesetzesmaterialien

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1898.
Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. II, 2. Aufl. Berlin 1881, Bd. VIII, Berlin 1889.

Inhaltsübersicht

A. **Einleitung: Begriff und Entstehung der Vorleistungspflicht**

§ 1. Begriff der Vorleistungspflicht 9
I. Vorleistung und Nachleistung als Leistung und Gegenleistung 9
II. Die Bestimmung des Nachleistungstermins . . . 10—13

§ 2. Entstehung der Vorleistungspflicht 13
I. Gesetzliche Vorleistungspflicht . . . . . 13—14
II. Durch die Natur des Vertrages bestimmte Vorleistungspflicht . . . . . 14—15
III. Vereinbarte Vorleistungspflicht 15

B. **Die Einrede der mangelnden Vorleistung**

§ 3. I. Unständige Vorleistungspflicht . . . 16
II. Beständige Vorleistungspflicht . . . 17

§ 4. 1. Versuche einer Lösung, unmittelbar nach dem Gesetzeswortlaut . . . . . 17—20
2. Mangelnde Vorleistung als Grund mangelnder Fälligkeit des Anspruchs auf die Nachleistung 20—36

§ 5. Die Anwendbarkeit des § 271 BGB 20

§ 6. Die Selbständigkeit der Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen 21

§ 7. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als anspruchändernde Einrede 22
I. Das Problem . . . . . 22—25
II. Seine Beantwortung nach dem Gesetzeswortlaut 25
III. Das Urteil auf Leistung Zug um Zug . . . . . 26—30
IV. Andere Wirkungen der Einrede . . . . . 30—36

§ 8. 3. Der Zweck der Einrede des nicht erfüllten Vertrages 36

§ 9. 4. Das Ergebnis 37
I. materiellrechtlich 37
II. prozessual 38

§ 10. 5. Besondere Fälle beständiger Vorleistungspflicht 39
I. Die Ausnahmefälle Oertmanns und Sibers 39

II. Durch den Zweck der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedingte Ausnahmen . . . 40
III. Die nachleistungs-bestimmende Vorleistung 41
IV. Fälle einer Verbindung von beständiger und unbeständiger Vorleistungspflicht 41
§ 11. III. Zeitbestimmende Vorleistung 42

C. **Die Repliken auf die Einrede der mangelnden Vorleistung**
§ 12. Repliken, die zur Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung führen 43
I. § 322 Abs. II BGB . . . . . 43—46
II. § 259 ZPO . . . . . 46—47
III. § 258 ZPO . . . . . 47—48
IV. Besonderheiten der Vollstreckung . . . . . 48—50
§ 13. Repliken, die zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führen 50
I. § 321 BGB . . . . . 50—52
II. Verstoß des Nachleistungspflichtigen gegen Treu und Glauben . . . . . 52—54
III. § 615 BGB 54

D.
§ 14. Die Beweislast 55

A. Einleitung:

Begriff und Entstehung der Vorleistungspflicht

§ 1. Begriff der Vorleistungspflicht

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist die Darstellung der Besonderheiten, die bei der Geltendmachung eines Anspruchs aus gegenseitigem Vertrag aus einer Vorleistungspflicht des Gläubigers sich ergeben können.

I. Zunächst ist der Begriff der Vorleistung festzulegen. Bei allen Typen des gegenseitigen Vertrags können hinsichtlich einzelner Verpflichtungen Vorleistungspflichten einer oder beider Parteien bestehen, wenn z. B. der Verkäufer nebenher zu einer Ausbesserung oder zur Versendung des verkauften Gegenstandes sich verpflichtet[1]). Darum handelt es sich hier nicht, vielmehr nur um das Verhältnis von Vor- und Nachleistung, das zwischen den Hauptleistungen beider Parteien besteht. Streitig ist, wie im Einzelfall unterschieden werden soll, ob eine Haupt- oder eine Nebenleistungspflicht besteht, und ob eine solche Unterscheidung überhaupt möglich ist. Während die herrschende Meinung verlangt, daß die beiderseitigen Hauptleistungen äquivalent seien[2]), sich „unmittelbar als Leistung- und Gegenleistung gegenüberständen"[3]), leugnet Siber[4]), daß nach diesem Kriterium eine sichere und billige Entscheidung in jedem Fall möglich sei; er verweist statt dessen auf § 320 Abs. II, der eine ausreichende Handhabe biete, das Zurückbehaltungsrecht dann zu versagen, wenn es wegen des Ausbleibens nebensächlicher Leistungen des anderen Teils geltend gemacht werden solle. Die verschiedenen Meinungen kommen jedoch im wesentlichen zum gleichen Ergebnis[5]); da es sich hier außerdem um eine den gegenseitigen Vertrag überhaupt und nicht nur die Fälle einer Vorleistungspflicht betreffende Frage handelt, braucht diese Arbeit nicht näher auf den erwähnten Streit einzugehen.

---

[1]) Oertmann § 433, 2a (S. 533 f.).

[2]) Krahmer S. 82 ff.; Adler, Festschrift für Zitelmann 1913 S. 3 ff.; Staub-K. Vorbem. 77 vor § 373; Oertmann Vorbem. 2 vor §§ 320/27; RGR-Komm. § 320, 1; Staudinger Vorbem. 1 zu § 320 ff.; Kipp bei Windscheid II S. 323 Ziff. 1; RG Z 54, S. 125; 108 S. 138.

[3]) RG Z 54, S. 125.

[4]) Pl. Siber § 320, 3b.

[5]) Vgl. die Aufzählung von Beisp. bei Krahmer S. 82 ff. Adler a. a. O.; Staub-K. Vorbem. 77 vor § 373; RGR-Komm. § 320, 1, einerseits; bei Pl.-Siber § 320, 3b andererseits.

II. Auf verschiedenen Wegen kann nun die Leistung der einen Partei zur Vorleistung werden.

Häufig ist die Vorleistungspflicht der einen Partei bloß zufälliges Ergebnis selbständiger Bestimmung der Erfüllungszeit für jede der beiden Leistungen, z. B. beide Leistungen sind an verschiedenen nach dem Kalender zu ermittelnden Zeitpunkten zu erfüllen, oder irgendwelche andere, außerhalb des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung und unabhängig davon zu bestimmende Termine sind maßgebend; z. B. ein Landwirt kauft ein Pferd, die Lieferung soll „am 1. Juni", die Zahlung des Kaufpreises „nach Beendigung der Ernte" erfolgen. Diesen Fällen ist gemeinsam, daß die Vorleistungspflicht wegfällt und an ihre Stelle die Verpflichtung zur Zug- und Zugleistung tritt, sobald die Erfüllungszeiten für beide Leistungen eingetreten sind. Man spricht deshalb hier von unbeständiger Vorleistungspflicht[6]).

Die andere Gruppe, die der beständigen Vorleistungspflicht, bilden diejenigen Fälle, wo die Vorleistung selbst oder ein im Anschluß an sie zu ermittelnder Zeitpunkt die Erfüllungszeit für die Nachleistung bestimmt, z. B. es wird Zahlung des Kaufpreises sofort nach Empfang der Ware oder eine Woche nach Empfang vereinbart . Hierher gehören auch die Fälle der Klauseln, „Kassa gegen Faktura" oder „Kassa gegen Dokumente"; sie enthalten neben der Bestimmung des Fälligkeitstermins für die Zahlung die Bedingung, daß die Lieferung der Ware erst nach der Zahlung zu erfolgen habe.

Für die Unterscheidung von beständiger und unbeständiger Vorleistungspflicht ist demnach dasselbe Merkmal maßgebend, wie für diejenige von erfolg- und zeitbestimmten Verträgen. Letztere ist von Nikisch[7]) etwa wie folgt entwickelt worden: Wenn man die Leistungen, die Inhalt eines Schuldverhältnisses sein können, darauf untersucht, wie sie ihre zeitliche Begrenzung finden, kann man zwei wesentlich verschiedene Arten erkennen. Die einen Leistungen, wie etwa die des Verkäufers oder des Unternehmers beim Werkvertrage, sind schon durch ihren Inhalt zeitlich begrenzt: mit der Übergabe und Übereignung der verkauften Sache ist die Verpflichtung des Verkäufers, mit der Herbeiführung des geschuldeten Arbeitserfolgs ist die des Unternehmers ohne weiteres beendet. Nikisch spricht hier von „erfolgbestimmten Verträgen". Manche fortlaufenden oder wiederkehrenden Leistungen dagegen, wie die des Vermieters, des Dienstverpflichteten oder des Schuldners aus einem Successiv-Lieferungsvertrage müssen eine zeitliche Schranke durch ein von außen kommendes Moment erst noch erhalten, sei es dadurch, daß von vornherein ihre Dauer festgesetzt wird, etwa nach dem Kalender, sei es, daß nachträglich durch Kündigung oder vertragliche Übereinkunft ihr Ende bestimmt wird. Diese Leistungen bilden den Gegenstand der „zeitbestimmten Verträge". In derselben Weise ist auch der Fälligkeitstermin für die Nachleistung bei beständiger Vorleistungspflicht von der Beendigung der Vorleistung, bei unbeständiger Vorleistungspflicht

---

[6]) Adler, Leipz. Z. 1913 Sp. 816; Warneyer § 322 II; Fischer-Henle § 322, 3.
[7]) Seite 13 ff. u. 76 ff.

vom Eintritt eines von außen kommenden Ereignisses, z. B. eines Kalendertages, abhängig[8]).

Eine eigenartige Gruppe der Fälle beständiger Vorleistungspflicht bilden diejenigen Tatbestände, bei denen man die Vorleistung als nachleistungsbestimmend bezeichnen kann: Hier wird nicht nur der Erfüllungstermin, sondern auch der Umfang der Nachleistung mit Hilfe der Vorleistung bestimmt; sei es, weil die Vorleistung selbst beim Vertragsschluß ihrer Quantität oder Qualität nach noch ungewiß oder, wenn zwar schon objektiv fest begrenzt, so doch noch nicht abschätzbar ist, sei es, weil die Nachleistung erst durch einen von der Vorleistung abhängigen zweiten Faktor bestimmt werden soll. Zur ersten Gruppe gehören die Akkordlohnabreden, ferner die Verträge der Handlungsgehilfen und Agenten, die Provision als Entgelt beziehen, (Ungewißheit der Vorleistung). Als weiteres Beispiel wäre etwa ein Kaufvertrag folgenden Inhalts über Früchte am Stamm zu nennen; dem Käufer wird die Ernte überlassen; der bei Vertragsschluß nur für die Gewichts- oder Mengeneinheit bestimmte Kaufpreis soll sich nach dem Ertrag der Ernte richten. Ferner kann hier ein Tatbestand erwähnt werden, der einer Entscheidung des Reichsgerichts zugrundegelegen hat[9]). Es war Kies für einen Tunnelbau verkauft worden, der Preis sollte durch Ausmessen des fertig-gestellten Betonmauerwerks ermittelt werden. (In solchen Fällen einer „emptio ad mensuram“[10]) ist die Vorleistung bei Vertragsschluß noch nicht abzuschätzen.) Zur zweiten Gruppe — Bestimmung der Nachleistung durch einen weiteren Faktor — gehören die partiarischen Verträge, bei denen die Gegenleistung des Nachleistungspflichtigen bestimmt wird durch den Gewinn, den dieser mit Hilfe der Vorleistung in seinem Unternehmen erzielt. Diese Fälle nachleistungsbestimmender Vorleistung unterscheiden sich von den anderen Fällen der beständigen Vorleistungspflicht zuweilen auch noch dadurch, daß die Vorleistung oder der Ablauf einer bestimmten Frist nach der Vorleistung allein nicht genügen, um das Recht auf die Nachleistung auszulösen. Es muß vielmehr noch ein anderes, mehr oder weniger fremdes Moment hinzutreten, z. B. die Abmessung des zum Tunnelbau verwandten Kieses oder bei den partiarischen Geschäften die Erzielung eines Gewinns. Diese Fälle nähern sich dadurch denen unbeständiger Vorleistungspflicht. Der Unterschied besteht jedoch darin, daß dieses letzte, die Fälligkeit des Anspruchs bewirkende Moment

---

[8]) Es ist zu erwägen, ob nicht danach auch für die Fälle der Vorleistungspflicht eine entsprechende Bezeichnung gewählt werden soll, indem man den Fällen mit zeitbestimmtem diejenigen mit vorleistungsbestimmtem Nachleistungstermin gegenüberstellt und so den Tatbestand statt seiner Wirkungen der Benennung zugrunde legt. Das würde sich vor allem empfehlen, weil die Wirkungen nicht immer einheitlich sind: Auch die unbeständige Vorleistungspflicht kann unter Umständen beständig werden. (Vgl. unten § 3 zu Anm. 2, 3.) Umgekehrt kann es bei beständiger Vorleistungspflicht vorkommen, daß nachträglich der Vorleistungspflichtige doch nur Zug um Zug zu erfüllen braucht. (Vgl. unten § 13 II.) Gleichwohl sollen die Ausdrücke „beständige“ und „unbeständige“ Vorleistungspflicht im folgenden beibehalten werden, weil sie sich eingebürgert zu haben scheinen.

[9]) RG Z Bd. 54, S. 98.

[10]) Vgl. darüber Windscheid-Kipp Bd. II § 390 Anm. 12 S. 664.

bei nachleistungsbestimmender Vorleistung die Vorleistung selbst zur Voraussetzung hat.

Möglich ist auch eine Vereinigung der die beständige Vorleistungspflicht begründenden Elemente mit denen der unbeständigen Vorleistungspflicht: Es werden für jede der beiden Leistungen selbständig verschiedene Erfüllungszeiten festgesetzt und außerdem wird ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, daß jedenfalls, auch nach Eintritt beider Leistungstermine, die eine Partei vorleisten müsse. z. B. A. und B. kommen überein, A. habe die von B. gekaufte Ware am 1. Juni zu liefern, B. am 1. Juli den Kaufpreis zu zahlen. Sollte jedoch A. wider Erwarten nicht pünktlich geliefert haben, sei es auch, ohne in Verzug geraten zu sein[11]), so braucht B. auch dann erst einen Monat nach Erhalt der Ware zu zahlen.

Sind in dem eben genannten Falle sowohl die Entrichtung der Vorleistung als auch der Eintritt des selbständig bestimmten Nachleistungstermins erforderlich, um die Nachleistung fällig zu machen, sind also die Elemente der beständigen und der unbeständigen Vorleistungspflicht kumulativ verknüpft, so läßt sich schließlich auch eine alternative Verbindung denken. So wenn am 1. Mai vereinbart wird, daß die Nachleistung 6 Wochen nach Erfüllung der Vorleistungspflicht entrichtet werden soll, und für den Fall, daß die Vorleistung nicht früher als 6 Wochen vor dem 1. Juli geliefert werden kann, hinzugesetzt wird, daß spätestens zu diesem Termin die Nachleistung fällig sei und zwar dann Zug um Zug gegen die Gegenleistung.

Es gibt endlich Vorleistungsfälle, die gegen das bisher verwandte Unterscheidungsmerkmal überhaupt unempfindlich sind; wenn nämlich von zeitbestimmtem und vorleistungsbestimmtem Nachleistungstermin gesprochen wurde, so wurde dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß jede Vorleistung in sich eine zeitliche Begrenzung fände, wie beim Kauf Besitzübergabe und Übereignung, beim Werkvertrag die Herstellung des Werks. Es gibt aber auch Vorleistungen, die, weil sie nur in einem fortdauernden Tun oder Unterlassen bestehen, von außen her, etwa durch Bestimmung eines Kalendertags, ihre zeitliche Begrenzung erhalten müssen. Hierher gehören Miete und Pacht und die entgeltliche Verwahrung. (§§ 551, 584, 699 BGB.) Der Dienstvertrag kann ebenfalls diese Eigenart aufweisen (§ 614 BGB); notwendig ist das nicht, weil für die Fälligkeit des Lohns anders als für die Vollendung der Leistung eine zeitliche Beschränkung in der Dienstleistung selbst gefunden werden kann, wie das schon erwähnte Beispiel des Akkordlohns zeigt[12]). Die genannte Schwierigkeit fällt erst fort, wenn die Vorleistung nicht unmittelbar, sondern erst durch einen von ihr bedingten, außerhalb ihrer selbst liegenden Erfolg die Fälligkeit der Nachleistung herbeiführt. Das kann auch bei der in sich niemals[13]) zeitlich begrenzten Vorleistung des Vermieters oder Verpächters vorkommen

---

[11]) Vgl. unter § 3 zu Anm. 3.
[12]) Vgl. Nikisch S. 29 ff.
[13]) Vgl. Nikisch S. 76 ff.

und trifft z. B. bei partiarischen Miet-[14]) und Pachtverträgen zu. In solchen Fällen liegt beständige Vorleistungspflicht vor. Im übrigen aber ist, wenn die Nachleistung nach Bewirkung einer zeitbestimmten Vorleistung zu entrichten ist, der Nachleistungstermin zwar notwendig immer „zeitbestimmt"; aber ob diese Bestimmung ihren Grund hat in der Bewirkung der Vorleistung (beständige Vorleistungspflicht) oder in einem außerhalb des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung zu suchenden Moment (unbeständige Vorleistungspflicht), läßt sich nicht feststellen. Diese Gruppe von Vorleistungen wird daher besonders zu behandeln sein. Die hierher gehörigen Fälle sollen im folgenden kurz als die zeitbestimmter Vorleistung bezeichnet werden.

§ 2. Entstehung der Vorleistungspflicht

Die Vorleistungspflicht des einen Teils kann begründet werden auf dreierlei Weise: sie kann gesetzlich festgelegt sein, oder sich aus der Natur des Schuldverhältnisses, oder endlich aus vertraglicher Vereinbarung ergeben[15]).

I. Das Gesetz hat eine Vorleistungspflicht da bestimmen müssen, wo die eine Leistung einen so wesentlich längeren Zeitraum beanspruchte als die andere, daß notwendig einer der Vertragsteile mit seiner Leistung vorangehen mußte, und wo die Natur des Vertrags selbst über die Person des Vorleistungspflichtigen nicht entschied. So sind nach § 551 BGB die Gebrauchsgewährung bei der Miete, nach § 614 BGB die Arbeitsleistung des Dienstverpflichteten und nach § 699 BGB die Tätigkeit des Verwahrers beim entgeltlichen Verwahrungsvertrage gesetzlich zu Vorleistungen bestimmt. Streitig ist, ob und inwieweit auch der Unternehmer beim Werkvertrag vorleistungspflichtig ist. Die herrschende Ansicht[16]) liest mit Recht aus §§ 641, 646 BGB, daß er zwar hinsichtlich der Herstellung des Werks vorleistungspflichtig sei; die Zahlung der Vergütung habe jedoch Zug um Zug gegen die Ablieferung des Werks bezw., wenn die Ablieferung nicht möglich sei, b e i Vollendung des Werks zu erfolgen; insoweit könne der Unternehmer daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Das Oberlandesgericht Hamburg[17]) hat einmal jede Vorleistungspflicht des Unternehmers geleugnet; das geht jedoch nicht an, denn, da die Leistung des Unternehmers regelmäßig einen wesentlich längeren Zeitraum erfordert als die des Bestellers, eine Zug- um Zug-Leistung also insoweit nicht möglich ist, muß eine Partei notwendig vorleisten; eine Vorleistungspflicht des Bestellers läßt sich aber aus § 641 BGB jedenfalls nicht ableiten[18]). Andrerseits wird zuweilen die

---

[14]) Darüber, daß auch partiarische Mietverträge möglich sind, vgl. Crome, Part. Rechtsgesch. S. 124 ff.

[15]) Oertmann § 320, 5.

[16]) Oertmann § 641, 1a; Staudinger § 641, 1; § 631, D II, 2c; RGR-Komm. § 641, 1; Planck § 641, 2; OLG Hamburg, Rspr. 20, S. 204.

[17]) Rspr. 12 S. 78; ebenso OLG Colmar, Rspr. 16 S. 131.

[18]) Gleichwohl ist diese Entsch. des OLG Hamburg im Ergebnis richtig, insofern sie dem Unternehmer gestattet, die Herstellung des Werks zu verweigern. Aber die Begründung mußte davon ausgehen, daß der Besteller bestimmt erklärt hatte, nicht leisten zu wollen. Vgl. dazu unten § 13 II und Oertmann § 641, 1a.

Vorleistungspflicht des Unternehmers auch auf die Ablieferung des Werks ausgedehnt[19]) mit der Begründung, § 641 setze nicht Leistung und Gegenleistung, sondern nur die beiden Pflichten des Bestellers zur Zahlung und zur Abnahme zu einander in Beziehung. Die Zahlung b e i der Abnahme kann aber eben garnicht anders als Zug um Zug gegen die Ablieferung des Werks erfolgen. Zudem ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz, das sonst die Vorleistungspflicht nur da festsetzt, wo dies durch die erhebliche Verschiedenheit des von den beiderseitigen Leistungen beanspruchten Zeitraums gefordert wird, beim Werkvertrag darüber hinausgehen soll.

II. Ferner kann sich die Vorleistungspflicht aus der Natur des Vertrages ergeben; d. h. die Person des Vorleistungspflichtigen ist im Gegensatz zu den im vorigen Absatz behandelten Verträgen schon durch die besondere Abhängigkeit der Leistung von der Gegenleistung festgelegt. Ein derartiger Fall liegt vor, wenn die eine Leistung erst mittels der Gegenleistung beschafft werden soll; z. B. jemand liefert Waren an einen Kaufmann, der Preis soll von dem Erlös bezahlt werden, den der Kaufmann aus ihrem Verkauf erzielt. Hierhin gehören auch die Verträge, nach denen die zunächst unbestimmte Quantität oder Qualität der einen Leistung die Berechnungsgrundlage für die Gegenleistung abgibt, überhaupt alle schon oben genannten Verträge mit nachleistungsbestimmender Vorleistung.

An dieser Stelle ist auf eine bei den Sukzessivlieferungsverträgen und den Miet-, Pacht- und Dienstverträgen auftretende Besonderheit hinzuweisen. Diese Schuldverhältnisse haben gemeinsam, daß bei ihnen Leistung und Gegenleistung fortlaufend in Teilbeträgen entrichtet werden. Hier wird häufig diejenige fällige Teilleistung der einen Partei, die früheren Gegenleistungen der anderen Partei entspricht, als Vorleistung für die weiteren Leistungen der anderen Partei bezeichnet[20]). Diese Ausdrucksweise ist jedoch irreführend. Denn einmal handelt es sich hier nicht um das, was das BGB unter Vorleistungspflicht versteht: Der § 321 BGB ist auf solche Tatbestände nicht anwendbar[21]). Vor allem aber ist, wenn diese andere Partei ihre weiteren Leistungen verweigern darf, überhaupt nicht die mangelnde Vorleistung als solche der Grund. Die Partei beruft sich nicht darauf, daß sie das Entgelt für ihre jetzt fällige Rate noch zu beanspruchen habe, sondern darauf, daß die Summe ihrer Raten die Gegenleistung zu der Summe der vom Gegner zu entrichtenden Raten bildet und daß das Gleichgewicht dieser Summen durch Erfüllung der jetzt fälligen Rate zu ihrem Nachteil gestört würde. Sie beruft sich mit anderen Worten nicht auf eine Beziehung gerade zwischen den beiderseits fälligen Raten, sondern auf eine weitere, dem Sukzessivvertrag eigentümliche Beziehung, die diese Raten

---

[19]) Warneyer § 641; OLG Celle, Rspr. 22, S. 311.

[20]) RG Z 66, S. 425; Staub-K. Anm. 77 vor § 373; Hueck, Der Sukzessivlieferungsvertrag, S. 168.

[21]) Hueck a. a. O. S. 174. Eine Anwendung des Paragraphen in diesen Fällen würde über seinen Sicherungszweck hinausgehen.

neben allen anderen umfaßt[22])[23]). Dafür ist charakteristisch, daß man früher beim Sukzessivlieferungsvertrag und — wie dies auch heute noch vertreten wird — beim Dienst- und Mietvertrag das Leistungsverweigerungsrecht überhaupt nicht auf § 320, sondern nur auf § 273 BGB gründet[24]). Die genannten Fälle bilden also neben der Zug- um Zug-Leistung und der Vorleistung eine dritte selbständige Möglichkeit das zeitliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu regeln und müssen deshalb hier außer Betracht bleiben.

III. Schließlich kann die Vorleistungspflicht auch vertraglich bedungen werden. Die Klauseln „Kassa gegen Faktura", „Kassa gegen Dokumente"[25]) sind als Beispiele schon erwähnt. Dahin gehören ferner die Klauseln „Kassa gegen Duplikatfrachtbrief", „gegen Lieferschein" u. a.[26]).

Die Klauseln „Zahlung Kasse" und „Netto Kasse" enthalten dagegen keine Vereinbarung einer Vorleistungspflicht[27]). Ebensowenig ist der Verkäufer vorleistungspflichtig, der die verkaufte Ware an den Wohnsitz des Käufers zu übersenden hat, denn er braucht sie dort dem Käufer nur gegen Zahlung des Preises auszuhändigen[28]). Endlich bewirkt eine Abmachung, wonach der Mietzins „vierteljährlich im voraus" zu zahlen ist, keine Vorleistungspflicht des Mieters[29]), eine solche Vertragsbestimmung soll vielmehr nur zum Ausdruck bringen, daß der Vermieter von seiner gesetzlichen Vorleistungspflicht befreit ist[30]). Der Mieter hat dann Zug um Zug gegen die Überlassung des Mietgebrauchs zu zahlen.

---

[22]) Richtig Dür.-H. Bd. II, S. 272 Anm. 390 der Einleitung.

[23]) Daher ist es nicht richtig, wenn Planck-Siber § 320. 3b und Warneyer § 320 IV diese Fälle als Beispiele dafür heranziehen, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht die Aequivalenz der beiderseitigen Leistungen voraussetzen.

[24]) Vgl. zum Sukzessivlieferungsvertrag einerseits RG Z 61, S. 133; andrerseits RG Z 66, S. 425; 68, S. 22; (= JW 08 S. 193 Nr. 6); RG im Recht 07, S. 1063 Nr. 2520. Recht 1911 Nr. 2108: Planck-Siber § 320 3b; Oertmann § 320. 4; Vorbem. vor § 433. 2b; Staub-K. Anm. 77 vor § 373; Anhang zu § 374 Anm. 136b; Müller in Gruchots Beitr. Bd. 50, S. 518; Hueck a. a. O. S. 166 f.; zum Dienst- und Mietvertrag Staudinger § 614 I, 2b; Lotmar, Bd. I S. 372 f.; Warneyer § 614 (für Anwendung des § 273; dagegen Krahmer S. 89; Oertmann § 320, 4, § 614, 1a; Mittelstein S. 165 f.; (für Anwendung des § 320), vgl. auch Kaskel S. 138.

[25]) Der Kaufpreis ist gegen die Rechnung oder die Warenpapiere auszutauschen. RG Z 69, S. 125 ff.

[26]) Staub-K. Vorbem. 77b vor § 373.

[27]) Pl.-Silber § 320, 1b; Staub-K. Anh. zu § 372 Erl. 46a; Warneyer § 320 III;

[28]) Dür.-H. Bd. II S. 155, Anm. 240 der Einleitung.

[29]) RG in JW. 06, S. 333, Nr. 8; Mittelstein S. 340 f.; Planck § 535, 5; Oertmann § 551, 1a.

[30]) Das leugnen Ruth S. 153 und Staudinger § 536 B. I 2. Ruth führt aus: Selbst wenn Vorauszahlung des Mietzinses vereinbart sei, bleibe der Vermieter hinsichtlich der Überlassung der Mieträume vorleistungspflichtig; diese Auslegung empfehle sich aus praktischen Gründen mit Rücksicht auf die Wohnungsnot und die Stärke der Vermieterstellung. Die Ansicht läßt sich jedoch mit dem Wortlaut der Klausel wohl kaum mehr vereinigen.

B. Die Einrede der mangelnden Vorleistung

§ 3. I. Unbeständige Vorleistungspflicht

Die wichtigste Frage, die sich bei der Vorleistungspflicht eines Gläubigers aus gegenseitigem Vertrag ergibt, ist die, ob der Schuldner auch hier die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend machen muß, wenn er vor Empfang der Vorleistung auf die ihm obliegende Leistung belangt wird, oder ob nicht vielmehr die Tatsache der mangelnden Vorleistung von Amtswegen[1]) zu berücksichtigen ist. Die Antwort lautet für die einzelnen Arten der Vorleistungspflicht verschieden.

In Fällen unbeständiger Vorleistungspflicht ist für eine Einrede kein Raum. Hier wird die Nachleistung vor Eintritt des für sie festgesetzten Leistungstermins nicht fällig. Der Vorleistungspflichtige, der trotzdem vorher klagt, wird also gemäß § 271 BGB von Amtswegen abgewiesen. Tritt der Termin zur Nachleistung ein, ehe die Vorleistung erfolgt ist, so entfällt nunmehr die Vorleistungspflicht. Wer ursprünglich Vorleistung verlangen konnte, hat, vorausgesetzt, daß die Gegenleistung noch möglich ist, nur noch die gewöhnliche Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die seine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug herbeiführt[2]). Davon ist jedoch eine Ausnahme zu machen. Ist nämlich bei Fälligkeit der Nachleistung der Schuldner der Vorleistung in Verzug, so kann der Gläubiger als Schadensersatz verlangen, daß der Gegner vorleistet. (§§ 286, 249 BGB.)[3]) Dies Verlangen würde bei einer Klage des Vorleistungspflichtigen auf die Gegenleistung als Einrede erscheinen und zwar als Zurückbehaltungsrecht; denn die Schadensersatzpflicht des Vorleistungspflichtigen steht zur Leistungspflicht des Gegners in keinem synallagmatischen Verhältnis[4]).

---

[1]) Der Ausdruck „von Amts wegen zu berücksichtigen" ist ungenau. Er wird gewöhnlich nur für diejenigen Tatsachen gebraucht, für deren Aufklärung das Gericht von sich aus, auch ohne Parteibehauptungen zu sorgen hat (z. B. Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit vgl. § 139 Abs. I Ziff. 1 ZPO, Rosenberg § 62 IV 1). Im Text soll dagegen der Gegensatz zu den Tatsachen bezeichnet werden, die erst auf eine Einrede hin zu berücksichtigen sind. Das sind also diejenigen Umstände, die schon, wenn sie vom nicht Einredeberechtigten vorgetragen sind, beachtet werden müssen. Die Worte „von Amts wegen" sollen gleichwohl der Kürze halber auch im folgenden in dem letzteren Sinne verwendet werden.

[2]) Beispiele RG in JW 1924 S. 1141; RG in Jur. Rundsch. 1925 Rspr. Sp. 53 Nr. 769; RG im Recht 1913 Nr. 326; 1925 Nr. 1255.

[3]) RG Z. Bd. 92, S. 217; Staub-K. Vorbem. 77b vor § 373; a. Ans. Adler Sp. 816; RG JW 24, S. 1141 ohne Begründung, wohl auch Fischer-Hehle § 322, 2.

[4]) Die das Äquivalenzerfordernis nicht anerkennende Auffassung Sibers (vgl. oben § 1 I) dürft nicht anders entscheiden.

II. Beständige Vorleistungspflicht

§ 4. 1. Versuche einer Lösung unmittelbar nach dem Gesetzeswortlaut

Für die Fälle beständiger Vorleistungspflicht mag zunächst ein kurzer Überblick über den Stand der Meinungen gegeben werden.

Adler[5]), Hellwig[6]), der RGR-Komm.[7]), Staudinger[8]), Seuffert[9]), Staub-Koenige[10]), Stein-J.[11]) u. a.[12]) behandeln die Erfüllung der Vorleistungspflicht als klagbegründende Tatsache, Crome[13]), Langheineken[14]) Schollmeyer[15]), Stammler[16]), Warneyer[17]) u. a.[18]) den Hinweis auf die mangelnde Vorleistung als Einrede. Auch die Protokolle zum BGB sprechen von der „Einrede der mangelnden Vorleistung“[19]). Oertmann[20]) und Siber[21]) entwickeln vermittelnde Ansichten. Das Reichsgericht[22]) hat sich mit der Frage unmittelbar anscheinend noch nicht befaßt; wenn es sie einmal berührt, spricht es gewöhnlich von einer Einrede.

Im folgenden soll von den Fällen nachleistungsbestimmender Vorleistung zunächst abgesehen werden. Daß die Fälle zeitbestimmter Vorleistung ebenfalls gesondert behandelt werden müssen, ist oben schon ausgeführt. Als Beispiele von Vor-

---

[5]) Sp. 816.
[6]) Anspruch S. 376; Lehrb. I S. 258 und 371; System I S. 286.
[7]) § 320 Anm. 4
[8]) § 322, 2.
[9]) § 592, 3a.
[10]) Anm. 77b, Anm. 76 vor § 373.
[11]) § 592, IV, 3,
[12]) Fischer-Henle § 320, 3; Lotmar I S. 372; Hölder, Arch. ziv. Prax. 93, S. 116; Endemann S. 703; Baumbach § 592 Anm. 3; Lübbert Jher. Jahrb. Bd. 52 S. 357; OLG Hamburg, Rspr. 31, S. 72; wohl auch Kipp bei Windscheid Bd. II S. 325 Z. 5, ferner Weinmann S. 27 ff., jedoch unter Beschränkung auf die Vorleistung des Dienstverpflichteten; für das mit dem BGB sachlich übereinstimmende Sächs. BGB vgl. OLG Dresden Sächs. Arch. 8 S. 694.
[13]) S. 175 Ziff. 4.
[14]) S. 96.
[15]) § 320 Note 1; § 322 Note 2.
[16]) S. 95 ff.
[17]) § 320 III.
[18]) Rehbein Anm. 5 zu §§ 320 ff.; Bd. II S. 176. Dür.-H. Bd. II Einl. 242 S. 156; Mittelstein S. 164 f.
[19]) S. 8416. Mugdan S. 636.
[20]) § 320, 1.
[21]) § 320 1b; Planck selbst (3. Aufl. Berlin 1907 § 322, 2) wird wohl zu Unrecht zuweilen z. B. von Oertmann a. a. O. für die gegnerische Ansicht angeführt. Er erklärt zwar, daß der Vorleistungspflichtige seine Leistung erst verlangen könne, wenn er seine Verpflichtung zur Vorleistung erfüllt habe, spricht aber einige Sätze später von der auf die Vorleistungspflicht des Klägers gestützten Einrede. (Pl.-S. a. a. O.)
[22]) RG Z Bd. 66, S. 425 (426); JW 1924, S. 1141; 1907 S. 479. Die Entsch. bei Gruchot Bd. 41, S. 1181, die z. B. von Stein-J. für seine die Einrede der mangelnden Vorleistung leugnende Ansicht angeführt ist, paßt nicht, weil sie sich auf das Recht des ALR bezieht, dem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages überhaupt unbekannt war. Ebensowenig lassen sich die Entscheid. JW 1914 S. 101; 1921 S. 766 Nr. 22 für diese Ansicht verwerten, weil sie nur den besonders gelagerten Fall des § 614 BGB (zeitbestimmte Vorleistung) behandeln.

leistungstatbeständen, die danach noch übrig bleiben, seien Pränumerations- und Kreditkauf, sowie die Werkverträge genannt, soweit es sich bei letzteren um die Herstellung des Werks handelt. Theoretisch mögen auch Dienstverträge denkbar sein, bei denen die Vorleistung weder zeitbestimmt, noch nachleistungsbestimmend ist; praktisch wird aber immer nachleistungsbestimmende Vorleistung, d. h. Abhängigkeit des Entgelts vom Arbeitsergebnis vereinbart sein, sobald die Parteien von der beim Dienstvertrag an sich näher liegenden Bestimmung des Nachleistungstermins nach dem zeitlichen Ende der Vorleistung abgesehen haben.

Es liegt nahe, vorerst zu prüfen, ob nicht das Gesetz selbst da, wo es eine Vorleistungspflicht festsetzt, zugleich erkennen läßt, ob es die mangelnde Vorleistung durch Einrede geltend gemacht wissen will oder nicht. Die einschlägigen Paragraphen (551, 614, 641, 699) geben jedoch keine Antwort auf diese Frage. Bis auf einen beziehen sie sich auf Fälle zeitbestimmter Vorleistung, also nicht auf Tatbestände beständiger Vorleistungspflicht. Dieser eine Paragraph (641) wie übrigens auch die drei anderen beschränkt sich darauf, die Vorleistungspflicht der einen Vertragspartei festzusetzen. Daß trotz der strikten Fassung: „Die Vergütung *ist* bei der Abnahme des Werks zu entrichten", doch die mangelnde Vorleistung erst auf eine Einrede hin zu berücksichtigen sein kann, ergibt ein Vergleich mit § 348 BGB. Hier wird ausdrücklich im zweiten Satz auf § 320 BGB, also auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verwiesen, nachdem im ersten Satz die durch diese Einrede geltend zu machende Beschränkung der Verpflichtung auf genau die gleiche Weise ausgedrückt war.

Einige Schriftsteller[23]) verweisen auf § 322 Abs. II BGB. Aus dieser Vorschrift entnehmen sie, daß der Vorleistungspflichtige nur bei Annahmeverzug auf die Nachleistung klagen könne, und folgern daraus weiter, durch Umkehrschluß: In der Regel also „kann" der Vorleistungspflichtige „nicht klagen", ehe er selbst erfüllt hat, d. h. die Erfüllung gehört zu den klagebegründenden Tatsachen. Nun ist aber der Ausdruck „ich kann klagen" heute eigentlich überhaupt bedeutungslos, da er als eine Nachbildung des römischen „actio mihi datur" nichts weiter ausdrückt als, der Vorleistungspflichtige habe einen Anspruch auf die Nachleistung[24]), was ohnedies nicht zweifelhaft ist. Zudem führt Planck-Siber[25]) mit Recht aus, daß das BGB die *Ausdrucksweise*, jemand „kann klagen" oder „kann nicht klagen", jedenfalls niemals verwendet, um klarzustellen, ob es eine Tatsache von Amts wegen oder erst auf eine Einrede hin berücksichtigt wissen will. Vor allem jedoch ist der Umkehrschluß selbst nicht begründet. Denn wer lehrt, der Vorleistungspflichtige könne *nur* bei Annahmeverzug des Gegners klagen, fügt in den Text des § 322 Abs. II das Wort „nur" erst ein; wenn diese Vorschrift erklärt, daß der Vorleistungspflichtige unter bestimmten Voraussetzungen mit einem bestimmten Antrag klagen könne, so ist da-

[23]) Staudinger § 322, 2; Lübbert, Jher. Jahrb. 52, S. 357 ff.; wohl auch Kipp bei Windscheid II S. 325, Ziff. 5.

[24]) Vgl. Stein-J. § 257 I.

[25]) § 320 1b.

mit nichts gesagt über die Rechtsfolgen, die unter anderen Voraussetzungen eintreten mögen. Siber[26]) weist darauf hin, daß das Gesetz in § 322 Abs. II den Gegensatz des Ausschlusses ipso iure und durch Einrede gar nicht im Auge hat, vielmehr nur an den anderen Gegensatz denkt, der sich aus § 322 Abs. I ergibt, d. h. aus der Gegenüberstellung des Urteils auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung und des Urteils auf Leistung Zug um Zug.

Auch aus § 320 Abs. I läßt sich keine Antwort gewinnen auf die Frage, ob die mangelnde Vorleistung durch Einrede geltend zu machen sei. Freilich heißt es dort, der Verpflichtete kann seine Leistung „bis zur Bewirkung" der Gegenleistung verweigern. Wenn man diesen substantivischen Ausdruck in einen verbalen umwandelt, erhält man den Satz: „bis — bewirkt wird", also eine Präsensform, wie sie das BGB immer dann gebraucht, wenn es Einreden festsetzt, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bewirken[27]). Man könnte danach schließen, auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages gehöre zu dieser Gruppe. Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend. § 320 Abs. I unterscheidet bei der Bestimmung der Voraussetzungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages jedenfalls nicht, ob der Kläger zur Vorleistung oder zur Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet ist. Wenn der Paragraph die Wirkung der Einrede so normiert, als ob nur bei Verträgen auf Leistung Zug um Zug die Einrede vorkommen könnte, so mag das daher rühren, daß man an den Ausnahmefall einer Klage des Vorleistungspflichtigen nicht gedacht hat, zumal ja in den Worten „bis zur Bewirkung" eine Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug jedenfalls nur versteckt zum Ausdruck kommt.

Nur mit dieser Einschränkung ist es daher berechtigt, wenn Planck-Siber[28]) und Oertmann[29]) wohl auch Langheineken[30]) ihre die Einrede der mangelnden Vorleistung verteidigende Ansicht auch damit begründen, daß § 320 Abs. I, indem er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages einführe, zwischen Vorleistung und Zug-um-Zug-Leistung nicht unterscheide.

Gelegentlich wird die Existenz einer Einrede der mangelnden Vorleistung deshalb geleugnet, weil § 322 Abs. I das Urteil auf Leistung Zug um Zug als die wesentliche Rechtsfolge der geltendgemachten Einrede des nicht erfüllten Vertrages festsetze[31]). Da bei mangelnder Vorleistung dagegen die Klage in der Regel abgewiesen werden müsse, käme also für diese Fälle die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht in Betracht. Die Ansicht geht jedoch von der nicht nachweisbaren Voraussetzung aus, lediglich Abs. I des § 322 behandle Fälle der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und habe alle diese Fälle erfaßt. Das ist umsoweniger gerechtfertigt, als der Abs. I des § 322 nicht von der Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages spricht, son-

[26]) § 320, 1b.

[27]) Vgl. Langheineken S. 88 und die dort angeführten §§ 273, 258 Satz 2, 321, 811 Abs. II Satz 2. 867 Satz 3 BGB, 838 ZPO., § 526 Satz 1 BGB; § 1000 Satz 1; § 1100 S. 1; § 1160 Abs. I BGB.

[28]) § 320, 1b.

[29]) § 320, 1.

[30]) S. 96.

[31]) Dietrich, DJZ 04, Sp. 1078; ähnlich Lotmar II S. 73.

dern nur des Rechts, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern; letzteres bezieht sich aber, wie oben festgestellt, eigentlich nur auf Zug-um-Zug-Leistungen.

Endlich könnte man vielleicht auch aus § 202 Abs. II BGB herauslesen, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur für Ansprüche auf Leistung Zug um Zug passe. Denn dort wird unter den die Verjährung nicht hemmenden verzögerlichen Einreden die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zwischen der Einrede des Zurückbehaltungsrechts und der der mangelnden Sicherheitsleistung aufgeführt, die beide nur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bewirken. Man kann diesem Umstand jedoch keine Bedeutung beimessen; denn für die Regelung des § 202 Abs. II ist es gleichgültig, ob der Einredeberechtigte eine Zug-um-Zug-Leistung oder eine Vorleistung zu beanspruchen hat: Der Grund, weshalb die Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Verjährung nicht hemmt, daß nämlich derjenige, dem die Einrede entgegengehalten wird, diese aus dem Wege zu räumen selbst imstande und verpflichtet ist[32]), trifft ebenso für die Einrede der mangelnden Vorleistung zu[33]). Allerdings könnte bei letzterer ein Bedenken sich daraus ergeben, daß in den Fällen, wo die Nachleistung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist nach Bewirkung der Vorleistung zu geschehen hat, der Vorleistungspflichtige sich gegen die hier allerdings seltene[34]) Einrede nicht genügend zu schützen vermag. Denn die Einrede steht dann dem Schuldner der Nachleistung auch noch während dieser Frist zu und solange kann der Vorleistungspflichtige die Verjährung nicht unterbrechen. Man wird hier jedoch mit einem Analogieschluß aus § 199 Satz 2 BGB helfen dürfen; dementsprechend wäre der Beginn der Verjährungsfrist in diesen Fällen um die Dauer der Nachleistungsfrist hinauszuschieben.

2. Mangelnde Vorleistung als Grund mangelnder Fälligkeit des Anspruchs auf die Nachleistung

§ 5. Anwendbarkeit des § 271 BGB

Manche schließen aus der Eigenschaft der Leistung des Klägers als Vorleistung, daß die Leistung des Beklagten überhaupt noch nicht fällig sei, ehe nicht vorgeleistet ist[35]). Die Klage sei daher nicht schlüssig begründet, ehe nicht Erfüllung der Vorleistungspflicht behauptet werde. Damit wird nunmehr der Kernpunkt des Problems berührt. Es ist richtig, daß der vorleistungspflichtige Kläger auf Zeit abgewiesen werden muß. Das kann jedoch ebensogut auf eine dilatorische Einrede des Beklagten hin wie ohne eine solche geschehen. Aber es ist diesen Schriftstellern, vor allem Hellwig, zuzugeben, daß es sich hier an sich um eine

[32]) Vgl. Motive) S. 314; Mugdan S. 525. Planck § 202 Anm. 3; Staudinger § 202 Note 6.

[33]) Auch Langheineken S. 170 spricht der Einrede der mangelnden Vorleistung auf Grund des § 202 Abs. II die verjährungshemmende Wirkung ab.

[34]) Vgl. unten § 10 I und II.

[35]) Adler Sp. 816 ff.; Hellwig, Anspruch S. 376; Staub-K. Anm. 76, 77b vor § 373; Lotmar Bd. I S. 372.

Bestimmung der Leistungszeit gemäß § 271 BGB handelt und die Klage daher als zur Zeit unbegründet von Amts wegen abgewiesen werden müßte. Nur ist dabei vorausgesetzt, daß sich nicht aus den Sonderbestimmungen über den gegenseitigen Vertrag, die ja den allgemeinen Regeln über die Schuldverhältnisse vorgehen, etwas anderes ergibt. Das soll im folgenden geprüft werden.

§ 6. Die Selbständigkeit der Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen.

Oertmann[36]) will die Notwendigkeit einer Einrede der mangelnden Vorleistung daraus herleiten, daß das BGB die beim gegenseitigen Vertrag einander gegenüberstehenden Forderungen selbständig gestaltet habe. Ließe sich das nachweisen, so wäre damit die Ansicht Hellwigs widerlegt. Denn dann könnte nicht die eine Forderung von der anderen derart abhängig sein, daß sie erst nach Erfüllung der anderen fällig wird und diese Erfüllung eine klagebegründende Tatsache darstellt. Aber bei den Ausführungen Oertmanns ist unbeachtet gelassen, daß das vornehmlichste Merkmal der Selbständigkeit in der Regel in der „Tatsache erblickt wird, daß nur auf „Einrede" des Schuldners dessen Gegenanspruch überhaupt berücksichtigt wird"[37]); die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall soll ja gerade erst nachgewiesen werden. Oertmann findet die Selbständigkeit des Anspruchs auf die Gegenleistung allerdings auch noch im § 324 BGB ausgesprochen, nämlich in den Worten: „. . . behält er den Anspruch auf die Gegenleistung". Der Paragraph bringe damit zum Ausdruck, der Anspruch bleibe derselbe, auch wenn der Gegenanspruch erlösche. Aber diese Fassung würde auch dann gerechtfertigt sein, wenn man annehmen wollte, der Anspruch auf die Gegenleistung erführe durch die Unmöglichkeit der Leistung eine gesetzliche Änderung: ein geänderter Anspruch ist noch nicht ein anderer. Auch § 324 ergibt somit nichts für die Selbständigkeit der beiderseitigen Ansprüche. Diese Selbständigkeit dürfte heute überhaupt nicht mehr einwandfrei festzustellen sein. Von den Merkmalen, aus denen man im gemeinen Recht öfter[38]) auf die Selbständigkeit schloß[39]), ist keines mehr geblieben: es waren vor allem die Doppelbezeichnung der Konsensualkontrakte, der Satz: „periculum est emptoris" und endlich die negotia claudicantia[40]). Im BGB enthalten dagegen die §§ 321 und 323 Vorschriften, die eine starke Abhängigkeit der beiden Obligationen begründen. Andererseits ist die Selbständigkeit kein fester Begriff, so daß gerade die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zuweilen auch als Kennzeichen einer gewissen Unselbständigkeit der beiden Verpflichtungen betrachtet wird[41]). Vor allem aber dürfte folgende Erwägung davor warnen, aus der vermeintlichen Selbständigkeit

---

[36]) § 320, 1.
[37]) Pl.-Siber § 320, 1; Oertmann selbst vor § 320.
[38]) Vgl. Dernburg Komp. S. 69 ff.; Bechmann Bd. I S. 543 ff.
[39]) Ob mit Grund, bleibe dahingestellt, vgl. dagegen Keller S. 362 ff.; André S. 28 f., 40 ff.
[40]) Weitere Merkmale sind angeführt bei Dernburg Komp. S. 69 ff.
[41]) Vgl. Dernburg a. a. O. Krahmer S. 11 ff.

der beiderseitigen Ansprüche zu weitgehende Schlüsse zu ziehen: Wenn das Gesetz in einzelnen Fällen die beiden Obligationen selbständig gestaltete, so geschah das, weil es das gerade in diesen Fällen für zweckmäßig und den Bedürfnissen des Verkehrs angemessen hielt, nicht aber, weil es allgemein von dem Grundsatz ausging, die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen müßten selbständig sein[42]). So wird z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in den Motiven zum BGB[43]) nur mit Zweckmäßigkeitsgründen gerechtfertigt und ausdrücklich festgestellt, daß theoretische Erwägungen zu einem anderen Ergebnis führen könnten.

Die Richtigkeit der Ansicht Hellwigs kann jedoch aus einem anderen Grunde nicht anerkannt werden, wie sich im nächsten Abschnitt zeigen wird.

§ 7. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als anspruchsändernde Einrede

I. Gegen die Anwendung des § 320 Abs. I. BGB auf die Fälle mangelnder Vorleistung des Gläubigers würden keine Bedenken bestehen, wenn nachgewiesen werden könnte, daß diese Vorschrift ebenso wie die insoweit gleichliegende des § 273 Abs. I. BGB schon für die Fälle der Zug- um Zug-Leistung eine Ausnahme vom Grundsatz des § 271 BGB macht, indem sie die Nichtfälligkeit des Anspruchs erst durch die Geltendmachung einer Einrede entstehen läßt. Denn der Tatbestand der mangelnden Vorleistung würde dann gegenüber dem Regelfall keinen Unterschied mehr aufweisen, der eine andere Behandlung rechtfertigen könnte.

Nur dann ist andererseits das von manchen Schriftstellern[44]) für die Einrede der mangelnden Vorleistung angeführte Argument beweiskräftig, daß es widersinnig sei, die Abhängigkeit von der Gegenleistung einmal erst auf eine Einrede hin, das andere Mal von Amts wegen berücksichtigen zu lassen. Der Widersinn besteht nicht, wenn diese Abhängigkeit in den verschiedenen Fällen entsprechend verschiedenartig gestaltet ist.

Eine nähere Untersuchung des zwischen gegenseitigen Ansprüchen bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses, wie es in der Leistung Zug um Zug zum Ausdruck kommt und außer in den Fällen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch in denen der Einrede des Zurückbehaltungsrechts und der mangelnden Sicherheitsleistung, also bei allen Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinn[45]), gegeben ist, wird zeigen, daß diese Einreden tatsächlich die Fälligkeit des betroffenen Anspruchs aufheben[46]), d. h. rein

---

[42]) Vgl. Keller S. 365.

[43]) S. 204, Vgl. auch André S. 44 ff.

[44]) Pl.-Siber § 320, 1b; und — allerdings nicht ausdrücklich — Langheineken S. 96 f.; Stammler S. 95 ff.; Rehbein Anm. 5 zu § 320 ff.; Bd. II S. 176; Schollmeyer § 320 Note 1.

[45]) Diese Bezeichnung mag der Kürze halber im folgenden beibehalten werden, obwohl streitig ist, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages einen Sonderfall der Einrede des Zurückhaltungsrechts darstellt. Vgl. Oertmann § 320 Anm. 2; Langheineken S. 335 f.

[46]) Der Streit, ob eine Einrede erst durch Geltendmachung oder schon durch ihr bloßes Bestehen wirkt — vgl. unten § 7 Note 108 ff — kann hier noch unberührt bleiben.

dilatorische Einreden sind. In der Literatur finden sich zwei verschiedene Auffassungen. Während die eine die fälligkeitaufhebende Wirkung der Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinne bejaht[47]), haben diese nach der anderen, wohl verbreiteteren Ansicht nur die Wirkung, den geltendgemachten Anspruch inhaltlich zu beschränken, indem sie ihn aus einem Anspruch auf Leistung schlechthin in einen solchen auf Leistung gegen Gegenleistung verwandeln, während sie die Fälligkeit unberührt lassen[48]). Entsprechend der zweiten Ansicht verfocht Keller[49]) schon für das gemeine Recht den Standpunkt, beide Ansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag seien auf den Austausch der Leistungen gerichtet.

Die Vertreter dieser Lehre führen folgerichtig die Zurückbehaltungseinreden getrennt neben den dilatorischen und peremptorischen auf[50]). Siber[51]), der vor allem diese Auffassung begründet und durchführt[52]), nennt die genannten Einreden anspruchsändernd[53]). Gekennzeichnet ist diese besondere Gruppe von Einreden nach ihm durch die Wirkung, die sie herbeiführen, d. h. durch die beschränkte, von dem Klageantrag abweichende Verurteilung. Er rechnet demgemäß außer den Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinne noch hinzu die Einreden der beschränkten Haftung, (z. B. §§ 1990, 1489 Abs. II BGB), die aufschiebenden Einreden des

---

[47]) Lotmar Bd. II S. 68; Staub-K. Anhang zu § 374 Erl. 8; RG Z Bd. 50, S. 259.

[48]) Pl.-Siber § 273 1c, § 320 1a; Hellwig, Lehrb. Bd. I, S. 257; Anspr. S. 354; Hölder, Arch. ziv. Prax. Bd. 93, S. 114 Kom. S. 408 und § 202 Anm. 4; ZZP Bd. 29, S. 78; Reuter S. 31 ff., 37 ff. Endemann § 88 Anm. 46 S. 519; Vgl. auch v. Tuhr Bd. I. S. 306 f.; Langheineken S. 88 f. leugnet zwar gleichfalls die fälligkeitaufhebende Wirkung einer Verurteilung auf Leistung Zug um Zug bewirkenden Einrede und bezeichnet die betroffenen Ansprüche in der Regel als inhaltlich beschränkt. Er nimmt jedoch gerade die Einreden des Zurückbehaltungsrechtes und des nicht erfüllten Vertrages aus, S. 356, weil die Gegenleistung Objekt eines selbständigen Anspruches sei. Das ist wohl kaum folgerichtig, vgl. Reuter S. 38; die Erklärung, die Langheineken für die Wirkung dieser Einreden gibt, geht von der falschen Voraussetzung aus, die nachträgliche Geltendmachung des Gegenleistungsanspruchs würde durch die Rechtskraft des über den Anspruch entscheidenden Urteils ausgeschlossen.

[49]) S. 342, 366 und öfter. Dagegen vgl. Bechmann Bd. I S. 569.

[50]) Vgl. Hellwig System S. 260.

[51]) § 273, 1c.

[52]) Siber selbst vertritt gleichwohl den Standpunkt, daß die mangelnde Vorleistung erst auf eine Einrede des Vorleistungsberechtigten hin zu berücksichtigen sei. Das ist wohl kaum folgerichtig, denn es ist nicht einzusehen, daß durch dieselbe Einrede, einmal eine inhaltliche Beschränkung, dann aber die mangelnde Fälligkeit eines Anspruches soll geltend gemacht werden können. Wenn Siber die Einrede der mangelnden Vorleistung als zugleich anspruchsändernd und dilatorisch bezeichnet (§ 320 1b), so ist das nur teilweise berechtigt: „Anspruchsändernde" Eigenschaft hat die Einrede nur in dem einen Ausnahmefall des § 322 Abs. II BGB, wo sie ein Urteil auf (künftige!) Leistung nach Empfang der Gegenleistung herbeiführt, dabei ist zu beachten, daß die Verurteilung in diesem Falle meist nur formell eine beschränkte ist, wenn nämlich der vor dem Urteil bestehende Annahmeverzug bei der Vollstreckung noch fortdauert. Vgl. unten § 12 IV zu Anm. 42.

[53]) Hölders Begriff der „inhaltsbeschränkenden Einreden" (vgl. Arch. ziv. Prax. Bd. 93, S. 353 ff.) ist umfassender, indem außer den die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bewirkenden, sämtliche Einreden darunter fallen sollen, die den Anspruch bezw. seine zeitweilige Geltendmachung nicht völlig ausschließen, also z. B. auch die Einrede der Verjährung. Die vorliegende Arbeit hat sich nur mit der im Text bezeichneten Art einer inhaltlichen Beschränkung des Anspruchs zu befassen.

Erben (§§ 2014, f.) und endlich diejenigen Einreden, die der Schuldner nur unter gleichzeitigem Erbieten zu einer Abfindung geltend machen darf, z. B. §§ 251 Abs. II, 2170 Abs. II Satz 2 BGB.

Neben den beiden genannten Auffassungen, der ersten, die die Zurückbehaltungseinreden als gewöhnliche dilatorische, und der zweiten, die sie als anspruchsändernde Einreden anspricht, findet sich noch eine der zweiten ähnliche, dritte Ansicht[54]). Diese leugnet ebenfalls den Einfluß der Einreden auf die Fälligkeit des Anspruchs, jedoch bezeichnet sie nicht zugleich positiv den Anspruch als durch die Einrede inhaltlich beschränkt. Oertmann, der diese Meinung vertritt, glaubt aber zu Unrecht, den Namen dilatorische Einreden trotzdem für die erwähnten Leistungsverweigerungsrechte beibehalten zu können[55]). Es ist ein Widerspruch, wenn man einerseits entsprechend der Definition der dilatorischen Einrede in § 202 Abs. I BGB den Schuldner für vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt erklärt und andererseits ausführt, die Einrede berühre die Fälligkeit des Anspruchs nicht, d. h. der Schuldner sei sofort zu leisten verpflichtet.

Diese Ansicht Oertmanns vermag schon deshalb nicht zu befriedigen, weil sie nicht erklärt, als was nun eigentlich die durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zum Ausdruck kommende Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung rechtlich aufzufassen ist.

Der Begriff des inhaltlich beschränkten Anspruchs, der durch die erwähnte Lehre Sibers u. a. angeführt ist, entspricht andererseits zunächst einmal nicht dem natürlichen Empfinden, denn keiner der beim gegenseitigen Vertrag Anspruchsberechtigten hat ein Interesse am Austausch der Leistungen als solchem. Es kommt vielmehr jedem nur darauf an, die ihm gebührende Leistung zu erhalten. Daher liegt es näher, den Anspruch auf die Leistung als durch die Bewirkung der Gegenleistung bedingt anzusehen[56]). Bedingt allerdings nicht in der Entstehung; denn er entsteht mit dem Vertragsschluß, wie das § 320 Abs. I BGB in den Worten, „Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet i s t" auch ausdrücklich festgelegt. Vielmehr ist der Anspruch, abgesehen von den Wirkungen eines etwaigen Wegfalls der Gegenleistung, lediglich in der Geltendmachung bedingt, d. h. er ist vor Bewirkung der Gegenleistung nicht fällig.

Dem entspricht es, wenn Hoeniger[57]) die wechselseitige Abhängigkeit synallagmatischer Verpflichtungen, deren Ausdruck auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist, als wechselseitige Modalitätsbedingung bezeichnet. Diese Konstruktion empfiehlt sich vor derjenigen Sibers auch dadurch, daß sie, wie Hoeniger ausführt[58]),

---

[54]) Oertmann § 284, 2i; Paech S. 31 ff.; Dür.-H. II S. 200 Erl. 289, wohl auch Krückmann, Iher. Jahrh. 59, S. 310.

[55]) § 202 II, 3c.

[56]) Richtig Windscheid § 321 Anm. 2 S. 320 (gegen Keller): „Die richtige Formel ist nicht: Jeder Kontrahent ist nur verpflichtet zur Leistung gegen Gegenleistung, sondern die richtige Formel ist: Jeder Kontrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Kontrahent sie erfüllt."

[57]) S. 224 ff.

[58]) S. 228, vgl. auch Stintzing S. 79 ff.

alle anderen Äußerungen des genannten Abhängigkeitsverhältnisses ebenfalls zu erklären vermag, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages m. a. W. nur als Folge eines einheitlichen, das ganze Recht des gegenseitigen Vertrags bestimmenden Prinzips erscheinen läßt. Während Siber mit den neuen Begriffen des inhaltlich beschränkten Anspruchs und der anspruchsändernden Einrede arbeitet, kommt Hoeniger mit längst gebräuchlichen Begriffen aus. Auch für das gemeine Recht wurde zuweilen, z. B. von Stintzing[59]), die Ansicht vertreten, die Abhängigkeit des Anspruchs auf die Leistung von der Bewirkung der Gegenleistung sei gleichbedeutend mit der mangelnden Fälligkeit des Anspruchs.

II. Die Lehre, nach der die Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinne die Fälligkeit des betroffenen Anspruchs unberührt lassen, wird häufig[60]) mit dem Hinweis auf § 273 Abs. I und II BGB gestützt. Wenn dort der Anspruch des Schuldners, kraft dessen dieser das Zurückbehaltungsrecht hat, als fällig bezeichnet wird, so soll sich daraus ergeben, das Zurückbehaltungsrecht, das ja umgekehrt auch der Gläubiger auf Grund seines Anspruchs demjenigen des Schuldners entgegenhalten kann, habe auf die Fälligkeit des Anspruchs keinen Einfluß. Dieser Schluß ist jedoch nicht richtig. Wenn § 273 einen fälligen Anspruch des Schuldners voraussetzt, so soll damit nur gesagt werden, daß keine anderen Gründe als das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers die Durchführung des Anspruchs hindern dürfen; das Zurückbehaltungsrecht selbst brauchte bei den Voraussetzungen, auf Grund deren es überhaupt erst gegeben wird, noch nicht berücksichtigt zu werden.

Oertmann[61]) findet einen weiteren Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung, daß ein Anspruch trotz entgegenstehender Zurückbehaltungseinrede fällig sein könne, im § 202 Abs. II BGB. Denn die Verjährung setzt einen fälligen Anspruch voraus, § 202 Abs. II lasse somit erkennen, daß die genannten Einreden, die die Verjährung nicht hemmen, die Fälligkeit nicht aufheben. Das ist jedoch nicht anzuerkennen. Mit demselben Recht könnte man sagen, § 202 Abs. II wäre überhaupt überflüssig gewesen, wenn Oertmanns Ansicht richtig wäre[62]); daß er vorhanden ist, läßt eher darauf schließen, daß die die Verjährung nicht hemmende Wirkung der genannten Einreden als eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 202 Abs. I betrachtet wurde, der nur die Verjährung fälliger Ansprüche zuläßt.

Diese letztere Schlußfolgerung ist sogar durch § 202 selbst geboten, denn dort werden die genannten Einreden als Rechte bezeichnet, kraft deren der Verpflichtete „vorübergehend“ zur

---

[59]) S. 53 ff. Nach Stintzing ist die „actio“ nicht fällig, solange der Anspruch auf die Gegenleistung nicht erfüllt ist. Allerdings ist sein Begriff der actio nicht völlig gleichbedeutend mit dem des Anspruchs.

[60]) Langheineken S. 90 Anm. 1; Pl.-Siber § 273 1c; Oertmann ZHR Bd. 78, S. 11.

[61]) ZHR Bd. 78, S. 12.

[62]) Hölder § 202, 4 rügt denn auch — von seinem Standpunkt aus mit Recht — die Aufzählung der Zurückbehaltungseinreden in § 202 Abs. II, weil es selbstverständlich sei, daß Einreden, die nur eine inhaltliche Beschränkung des Anspruchs bewirken, die Verjährung nicht hemmen, dagegen Oertmann § 202 II, 3c.

Verweigerung der Leistung berechtigt ist, also als dilatorische, d. h. fälligkeitaufhebende[63]) Einreden. Die gleiche Auffassung läßt das BGB an anderen Stellen erkennen.

§ 320 Abs. I gibt dem aus einem gegenseitigen Vertrag Verpflichteten das Recht, seine Leistung „bis zur Bewirkung der Gegenseistung" zu verweigern, und der gleichen Ausdrucksweise bedient sich § 273[64])[65]).

Endlich läßt sich die Auffassung der Ansprüche auf Leistung Zug um Zug als inhaltlich beschränkter nicht mit § 298 BGB vereinen. Wenn nämlich ein Angebot der Leistung gegen die Gegenleistung das Angebot einer inhaltlich anderen Leistung darstellt als das der Leistung schlechthin, nicht bloß ein bedingtes Angebot der Leistung schlechthin, so ist die Fassung dieses Paragraphen falsch. Denn dort wird davon gesprochen, daß der Gläubiger die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet[66]).

Zuletzt erweist sich der Begriff der inhaltlichen Beschränkung der auf Leistung Zug um Zug gerichteten Ansprüche nur als eine den wahren Sachverhalt verschleiernde Umschreibung. Das Merkmal der Bedingung taucht z. B. schließlich auch bei Reuter[67]) auf, der sonst eindringlich die inhaltliche Beschränkung der Ansprüche auf Leistung Zug um Zug hervorhebt. Er bezeichnet die Bewirkung der Gegenleistung als Bedingung der Vollstreckung eines auf Leistung Zug um Zug lautenden Urteils, wie dies ja auch schon der Wortlaut des § 726 Abs. II ZPO nahelegt.

III. Vor allem scheint gegen die Annahme, daß die genannten Einreden die Fälligkeit aufheben, die Tatsache zu sprechen, daß sie nicht zur Klagabweisung führen (§§ 274, 322 Abs. I BGB). Dies Argument wäre jedoch nicht stichhaltig, wenn dargetan werden könnte, daß die Urteile auf Leistung Zug um Zug Urteile auf künftige Leistung darstellen. Das soll im folgenden versucht werden.

Für die hier vertretene Auffassung[68]) lassen sich schon die §§ 274, 322 Abs. I selbst anführen, deren Wortlaut erkennen läßt, daß sie lediglich prozessuale Bedeutung haben[69]). Die Stellung dieser Paragraphen im BGB statt in der ZPO erklärt sich leicht

---

[63]) Oertmann selbst gibt allerdings nicht zu, daß alle dilatorischen Einreden die Fälligkeit aufheben, oben (zu Anm. 55) ist jedoch schon darzutun versucht, daß dies nicht gerechtfertigt ist.

[64]) Ebenso §§ 2014, 2015 BGB bezüglich der von Siber ebenfalls anspruchsändernd genannten Einreden des Erben.

[65]) Auch Hellwig Lehrb. I S. 257 Anm. 61 erkennt an, daß der Wortlaut des BGB gegen ihn spricht.

[66]) Deshalb erklärt Planck-Siber § 298, I in der Tat die Vorschrift des § 298 für überflüssig.

[67]) S. 68 ff.

[68]) And. Ans. Hellwig, Lehrb. Bd. I S. 257, Anspr. S. 354; Pl.-Siber § 273 1c; und die herrschende Meinung, vgl. aber Kohler Bd. I S. 195 f.: „die Vergänglichkeit dieser Einrede führt es mit sich, daß auch, wenn auf Grund ihrer ein gerichtliches Urteil ergeht, das Urteil nur in einer Weise gestaltet sein kann, bei welcher dem Anspruchsberechtigten der Anspruch vorbehalten bleibt."

[69]) RGR-Komm. § 320, 2; § 322, 1; Hellwig, Lehrb. Bd. I S. 257 Anm. 1 gibt zu, daß der Wortlaut gegen ihn spricht.

daraus, daß überhaupt die Verfasser des BGB die Klagbarkeit als eine zivilrechtliche Eigenschaft eines Anspruchs auffaßten[70]). Trotz diesem entgegenstehenden Wortlaut betrachten aber manche Schriftsteller[71]) die betreffenden Vorschriften nur als materiellrechtliche. Ihnen ist entgegenzuhalten, daß die Vorschrift des § 322 Abs. I als materiell-rechtliche Erläuterung zu § 320 Abs. I wohl im Anschluß an diese Bestimmung gebracht worden wäre und nicht erst im übernächsten Paragraphen, wo sie vereinigt ist mit der auch nach der Ansicht des Gegners[72]) prozeßrechtlichen Norm des § 322 Abs. II. Bei folgerichtiger Durchführung der Auffassung Steins und Reuters müßten die §§ 274 Abs. I, 322 Abs. I überhaupt als überflüssig angesehen werden, da ihr materieller Inhalt schon in den §§ 273, 320 Abs. I wenn auch nicht so deutlich in den Worten „bis die ihnen gebührende Leistung bewirkt wird" bezw. „bis zur Bewirkung der Gegenleistung" ausgesprochen ist[73])[74]), und ihr formeller Inhalt bedeutungslos ist, da er keine Ausnahme von den Voraussetzungen der Leistungsurteile überhaupt festsetzt. Hieraus dürfte deutlich hervorgehen, daß das BGB die beiderseitigen Ansprüche nicht als inhaltlich beschränkte, auf Leistung Zug um Zug gerichtete, sondern als von der Bewirkung der Leistung abhängige Ansprüche auf die Gegenleistung schlechthin auffaßt.

Der Charakter des Urteils auf Leistung Zug um Zug erhellt auch bei einem Vergleich mit den Fällen der §§ 257—259 ZPO. Auch diese gewähren ein Leistungsurteil für noch nicht fällige, § 259 sogar für bedingte Ansprüche, und übertragen die Feststellung des fehlenden Tatbestandsstücks, des Eintritts des Kalendertages, der Bedingung usw. auf die Vollstreckungsinstanz.

So ist denn auch im § 726 ZPO diese Feststellung für die Urteile auf künftige Leistung wie für die auf Leistung Zug um Zug gemeinsam geregelt. Sowohl die Urteile nach §§ 274 Abs. I, 322 Abs. I BGB wie die nach den §§ 257/259 ZPO sind Leistungsurteile, die nicht sofort vollstreckbar sind[75]). In allen diesen Fällen hat man aus prozeßtechnischen Rücksichten, sei es, um die Vollstreckung sofort am Fälligkeitstage zu ermöglichen (§§ 257, 259 ZPO), sei es, um überflüssige weitere Prozesse zu vermeiden (§ 258 ZPO, §§ 274 Abs. I, 322 Abs. I BGB)[76]) und um den möglichst gleichzeitigen Austausch von Leistung und Gegenleistung zu erleichtern (§ 322 Abs. I), die Prüfung der letzten materiellen Klagvoraussetzung, deren späterer Eintritt mit einiger Sicherheit zu erwarten ist, dem Vollstreckungsorgan überlassen.

Diese innere Verwandtschaft der Urteile auf Leistung Zug um Zug mit denen nach §§ 257 ff. ZPO kann man auch in ihrer

---

[70]) Vgl. Stein Voraussetzungen S. 27 ff., insbes. S. 30 f.; Stein-J. Vorbem. vor § 253 Erl. IV.

[71]) Hellwig Anspr. S. 124; Stein-Jonas § 726, III; Stein, Voraussetzungen S. 48 f. und ausführlich Reuter S. 31 ff.; ebenso OLG Rspr. Bd. 11, S. 76 oben.

[72]) Hellwig Anspruch S. 376; System S. 267; Lehrbuch Bd. I S. 371; Pl.-Siber § 320, 1b.

[73]) Vgl. oben § 4 zu Anm. 27.

[74]) Schlegelberger S. 172 bezeichnet richtig § 274 als notwendige Folge des § 273, ebenso Kohler Bd. I S. 195 f.

[75]) Kisch S. 21, vgl. auch Stein, Voraussetzungen S. 70.

[76]) Zu §§ 274, 322 BGB vgl. Zaun S. 414; OLG Oldenburg Seuff. Arch. 23 Nr. 176.

geschichtlichen Entwicklung wiedererkennen. Es ist an sich ungewöhnlich, daß der Kläger ein Leistungsurteil erhält, obwohl er selbst vorgetragen hat, die Voraussetzungen, von denen die sofortige Durchführbarkeit seines materiellen Anspruchs abhängt, seien noch gar nicht erfüllt[77]). Darum ist zu vermuten, daß sich diese Urteilsformen erst verhältnismäßig spät ausgebildet haben. In der Tat ist ein Urteil nach § 258 ZPO wohl erst in der gemeinrechtlichen Praxis möglich geworden[78]). Später hat sich im Anschluß an die Einführung der Kündigungsklage durch die preußische AGO § 4 Ziff. 1, Titel 28 Teil I ein dem § 257 ZPO ähnliches Institut entwickelt[79]), während § 259 ZPO wohl überhaupt keinen Vorläufer in der Geschichte aufzuweisen hat, ja selbst erst in der Reichstagsvorlage der Novelle zur ZPO von 1898 erscheint[80]). Ebenso ist auch das Urteil auf Leistung Zug um um Zug erst spät anerkannt worden. Dem römischen Recht war etwas Gleichartiges unbekannt[81]). Vereinzelt findet sich zwar in Partikularrechten schon früher ein Urteil auf Leistung Zug um Zug, z. B. in der preußischen Prozeßordnung von 1699[82]). Aber noch bei Luden (1839)[83]) und Lenz (1855)[84]) bewirkt die Einrede des Zurückbehaltungsrechts die Abweisung der Klage zur Zeit. Ausgebildet worden ist das Urteil auf Leistung Zug um Zug bei Klagen aus gegenseitigem Vertrag wohl erst durch die Landrechtspraxis[85]). In allgemeine Übung kam es aber vor allem nach dem 1857 erschienenen Aufsatz Zauns[86]), der diese Verurteilungsform für alle Fälle einer Zurückbehaltungseinrede im weiteren Sinne verteidigte. Schließlich konnten die Motive zum BGB[87]) feststellen: „Klagen aus gegenseitigem Vertrag auf Erfüllung Zug um Zug sind jetzt schon überaus häufig."

Es mag zwar richtig sein, daß das späte Auftauchen des Urteils auf Leistung Zug um Zug zum Teil auch darauf zurückzuführen ist, daß die materiell-rechtliche Entwicklung noch nicht das Bedürfnis nach dieser Urteilsform erweckte, solange man nämlich z. B. beim gegenseitigen Vertrag vom Kläger Erfüllung verlangte, ehe er mit Erfolg auf die Gegenleistung klagen

---

[77]) Vgl. speziell für das Urteil auf Leistung Zug um Zug Stintzing S. 116 ff.

[78]) Moos S. 12 f.; Hellw. System S. 256; Lehrb. I S. 368.

[79]) Moos S. 15; Hellw. System S. 256; Lehrb. I S. 368.

[80]) Hellw. Lehrb. S. 398 Anm. 1.

[81]) Stintzing S. 117; Dernburg Komp. S. 371. Die zum Teil entgegenstehenden Ausführungen Zauns S. 369 ff. beziehen sich für die Zeiten der legis actio und des Formularprozesses nur auf vor der Condemnation liegende Stadien des Prozesses und scheinen für die Zeit des Verfahrens extra ordinem nicht hinreichend belegt. Ihre Richtigkeit kann im übrigen dahingestellt bleiben, da die Entwicklung zum mindesten lange Zeit unterbrochen war.

[82]) zit. bei Schlegelberger S. 67.

[83]) Das Retentionsrecht, Leipzig 1839, S. 186.

[84]) Weiskes Rechtslexikon, Leipzig 1855, S. 398.

[85]) Förster-Eccius S. 490 I; Dernburg pr. Priv. R. Bd. II S. 112; Krahmer S. 30 Anm. 13 vgl. aber Koch Bd. I S. 246 Anm. 82 III, zu ALR I, 5 § 271.

[86]) Reuter S. 2 f. André S. 129 mit Literatur; vgl. die Entscheidungen Ober-App. G. Kassel, Seuff-Arch. 18 S. 290 (1864) und OAG Oldenburg Bd. 23, Nr. 176 (1868), aus denen die schwankende Rechtssprechung noch ersichtlich ist. Das zweite Urteil beruft sich insbesonder auf Zaun.

[87]) S. 203; Mugdan Bd. II S. 112.

konnte[88]). Jedenfalls ist dieser Grund aber nicht allein maßgebend gewesen, wie Reuter[89]) und für den gegenseitigen Vertrag auch Zaun[90]) behaupten; sondern daß auch prozessuale Bedenken hemmend gewirkt haben, beweist die Tatsache, daß das Urteil auf Leistung Zug um Zug nicht nur bei Zaun, sondern auch bei André[91]) und in dem schon erwähnten Urteil des Oberapp.-Gerichts Oldenburg[92]) mit überwiegend prozessualen Gründen verteidigt wird; dies zu einer Zeit, wo der Einredecharakter der exceptio non adimpleti contractus von der herrschenden Lehre schon anerkannt war und wo auch die Gegner vom Kläger nicht mehr vorherige Erfüllung verlangten, sondern ihn auf Leistung gegen Gegenleistung klagen hießen[93]). Besonders deutlich lassen die Ausführungen Wetzells[94]) erkennen, wie sehr man das Urteil auf Leistung Zug um Zug als eine prozessuale Besonderheit und nicht als die selbstverständliche Folge des materiellen Rechtsverhältnisses auffaßte; er schreibt: an sich müsse die Einrede des Zurückbehaltungsrechts zur Klagabweisung führen, der Richter könne aber dem Kläger eine Frist zur Beseitigung der Einrede setzen, ehe er seine Entscheidung fälle; am meisten zu empfehlen sei jedoch ein Urteil auf Leistung Zug um Zug, durch das man „dem Gegenanspruch die bisherige Beziehung zu dem Klagerecht vorbehalte." Hier ist noch ersichtlich, wie man einerseits zwar empfand, daß die richtig erkannte materielle Rechtslage durch das „an sich" zu fällende Urteil auf Klagabweisung keinen befriedigenden Ausdruck findet, wie sehr man aber andrerseits nach einem Weg hat suchen müssen, um dieser Rechtslage durch ein passendes andres Urteil oder ein sonstiges prozessuales Mittel (Fristsetzung) möglichst gerecht zu werden.

Obwohl somit das Urteil auf Leistung Zug um Zug nicht dazu zwingt, es als Kennzeichen einer inhaltlichen Beschränkung des betreffenden Anspruchs aufzufassen, würde man zu dieser Annahme vielleicht eher geneigt sein, wenn es in anderen Fällen Formen der Verurteilung gäbe, die sich lediglich aus einer inhaltlichen Beschränkung des zugrundeliegenden Anspruchs erklären lassen. Deshalb sollen die übrigen anspruchsändernden Einreden Sibers noch kurz zum Vergleich herangezogen werden.

Die Wirkung der vom Gesetz selbst als aufschiebend bezeichneten Einreden des Erben nach §§ 2014 ff. BGB, die nach §§ 305, 782, 785 ZPO zu einer Verurteilung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung führen, stellt sich ebenfalls als bloße prozessuale Besonderheit dar. Darauf deutet allein schon die Stellung der betreffenden Vorschriften in der ZPO hin. Hellwig[95]) führt zutreffend aus, ein Urteil gemäß § 305 ZPO habe „der Sache nach die Bedeutung einer Verurteilung zur künftigen Leistung". Jedenfalls besteht keine Veranlassung, einer Vorschrift, die den

---

[88]) Zaun S. 420 f.
[89]) S. 32.
[90]) S. 420.
[91]) S. 129 f.
[92]) Vgl. oben Anm. 86.
[93]) Vgl. Keller S. 342.
[94]) System des ordentlichen Zivilprozesses, S. 561.
[95]) Anspruch S. 379.

Beginn von Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Erben zuläßt. materiell-rechtliche Bedeutung zuzumessen. Nach der heute wohl herrschenden Ansicht[96]) ist den durch die §§ 2014, 2015 BGB gewährten Einreden sogar überhaupt materiell-rechtlicher Charakter abzusprechen. Ob es richtig ist, soweit zu gehen, kann hier aber dahingestellt bleiben.

Die Einreden der beschränkten Haftung lassen sich zwanglos als peremtorische auffassen[97]), wenn sie auch in der Regel nur teilweise Aufhebung des Anspruchs bewirken. Ihre Bezeichnung als anspruchsändernde wird sich dagegen schwerlich damit vereinbaren lassen, daß sie auch zur völligen Klagabweisung führen können, wenn nämlich der Nachlaß erschöpft ist[98]).

Die übrigen anspruchsändernden Einreden Sibers, diejenigen, die den Schuldner zur Verweigerung der Leistung nur bei gleichzeitigem Erbieten zu einer Abfindung berechtigen, können bei dieser vergleichenden Betrachtung unberücksichtigt bleiben, da bei ihnen überhaupt streitig ist, ob sie zu einer „beschränkten Verurteilung“ führen[99]).

IV. Die besondere Art der Verurteilung läßt sich also nicht nur bei den Zurückbehaltungseinreden mit deren dilatorischem Charakter vereinbaren; sie bietet auch bei den anderen „anspruchsändernden Einreden“ keine Veranlassung zur Aufstellung einer neuen Einredegruppe. Doch bleibt noch zu prüfen, ob die Zurückbehaltungseinreden und damit insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht in anderer Hinsicht Eigenschaften aufweisen, die aus ihrer dilatorischen Natur sich nicht ableiten lassen. Es sollen deshalb im folgenden die Auswirkungen der Einreden bei der Verjährung, der Aufrechnung und beim Verzuge betrachtet werden. Auch hier wird es zweckmäßig sein, daneben die anderen anspruchsändernden Einreden zu berücksichtigen; vielleicht haben sie mit den Zurückbehaltungseinreden gemeinsam Besonderheiten, die dem dilatorischen oder peremtorischen Charakter einer Einrede widersprechen, und erleichtern so die Erkenntnis des Begriffs der anspruchsändernden Einrede; vielleicht lassen solche Besonderheiten, wenn sie auch bei den Zurückbehaltungseinreden nicht in gleicher Weise auftreten, doch vermöge eines inneren Zusammenhangs mit der allen diesen Einreden gemeinsamen beschränkten Verurteilung auch diese letztere als Kennzeichen einer inhaltlichen Beschränkung des Anspruchs deutlich werden.

Zunächst bestimmt § 202 Abs. I BGB für die dilatorischen Einreden als Regel, daß sie die Verjährung des Anspruchs hemmen. Da ist allerdings auffällig, daß Abs. II dieses Paragraphen sämtliche „anspruchsändernden Einreden“, soweit sie nach der hier vertretenen Auffassung zu den dilatorischen gerechnet wer-

---

[96]) Staudinger Anm. 1 zu §§ 2014, 2015; Pl.-Strohal Vorbem. zu §§ 2014, 2015 Erl. 6b/3 a. E.; Eccius, Gruchot 44, S. 898; 49, S. 156 ff.; Fuchs Recht 05, S. 339; Herzfelder in DJZ 1905, S. 61 ff.; KG Rspr. OLG 26, S. 294; and. Ans. RGR-Komm. § 2014, 4; v. Tuhr Bd. I S. 307 f.; Enneccerus-Kipp S. 264, § 81 IV; Planck bei Pl.-Strohal vor §§ 2014 f. a. E.; KGOLG Rspr. 18, S. 318.

[97]) Langheineken S. 300 f.

[98]) Staudinger §§ 1990/1992 Anm. II, B, 1 u. a.

[99]) Staudinger § 251, 4.

den müssen, von dieser Regel ausnimmt. Das kann jedoch die Aufstellung des Begriffs der anspruchsändernden Einreden noch nicht rechtfertigen, denn einmal teilt das Gesetz die gleiche Ausnahmeeigenschaft auch unzweifelhaft dilatorischen Einreden zu, der der Vorausklage und den dem Bürgen nach § 770 BGB zustehenden Einreden. Das weist schon darauf hin, daß andere Gründe für diese Bestimmung maßgebend waren als der anspruchsändernde Charakter der betreffenden Leistungsverweigerungsrechte. So ist denn auch die Sonderregelung für diese letzteren aus jeweils ganz verschiedenen, mit ihrer angeblich anspruchsändernden Eigenschaft nicht notwendig zusammenhängenden Gründen erfolgt. Bei den Einreden aus §§ 2014, 2015 war zwar maßgebend, daß der Anspruchsberechtigte jederzeit gemäß § 305 ZPO zu klagen und so die Verjährung zu unterbrechen vermag. Auch bei den Zurückbehaltungseinreden kann der Gläubiger ein Urteil nach §§ 274, 322 Abs. I erlangen, daneben aber forderte der Umstand, daß der Gläubiger in diesen Fällen zur Beseitigung des Grundes der Einrede jederzeit imstande und beim Zurückbehaltungsrecht und dem gegenseitigen Vertrage auch verpflichtet ist, selbständig die von der Regel des § 202 Abs. I abweichende Behandlung der drei letzteren Einreden[100]). Diese hätte also, wie das Beispiel der Einrede der Vorausklage zeigt, auch erfolgen müssen, wenn den Einreden aus §§ 2014, 2015 die normale Wirkung belassen worden wäre[101]).

Nach § 390 S. 1 BGB kann eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden. Hierbei ist eine einheitliche Besonderheit der anspruchsändernden Einreden nicht festzustellen. Die Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinn schließen wie alle übrigen Einreden die Aufrechnung aus. Sie unterscheiden sich bloß dadurch, daß sie natürlich eine Aufrechnung gegen diejenige Forderung nicht hindern, auf der das Leistungsverweigerungsrecht beruht[102]). Ähnlich kann der Nachlaßgläubiger, auch wenn ihm die Einrede aus § 1990 BGB entgegenstehe, gegen eine Forderung des Nachlasses an ihn aufrechnen[103]), während im übrigen die Einrede die gleiche aufrechnungsfeindliche Bedeutung hat wie alle Leistungsverweigerungsrechte. Diese allerdings vorhandene Eigentümlichkeit, daß die genannten Einreden die Aufrechnung gegen eine bestimmte Forderung oder gegen Forderungen bestimmter Art nicht ausschließen, läßt sich aber durch folgende Erwägungen deuten: Wer eine Forderung, der eine Einrede aus § 273 oder § 320 BGB entgegensteht, gegen die Forderung aufrechnet, die das Einrederecht begründet, zerstört mit der Forderung des Schuldners auch die Einredbarkeit der eigenen, so daß schon deshalb § 390 BGB nicht anwendbar ist. Die Einreden der beschränkten Haftung sollen lediglich das „Privat"-Vermögen des Schuldners vor dem Zugriff des Gläubigers schützen. Sie sind wirkungslos gegenüber einem Zugriff auf das

---

[100]) Motive S. 314; Mugdan S. 525; Planck § 202, 3; Staudinger § 202, 6.

[101]) Die beiden letzteren Einreden waren im Entwurf I nicht erwähnt. Vgl. Mugdan Bd. I S. CI.

[102]) Pl.-Siber § 390, 1; Oertmann § 390, 1.

[103]) RGR-Komm, § 1990, 3; Staudinger §§ 1990/1992 III. Pl.-Siber § 390, 1; Pl.-Strohal § 1991, 3.

haftende Vermögen und daher auch gegenüber einer Aufrechnung gegen eine zu diesem Vermögen gehörige Forderung. Es besteht daher kein Anlaß, die Besonderheit der beiden Einredegruppen als die eigentümliche Wirkung der anspruchsändernden Einreden zu erklären.

Die Aufrechnung von Forderungen, die mit einer aufschiebenden Einrede des Erben i. S. §§ 2014/15 behauptet sind, ist dagegen unbeschränkt zulässig, d. h. sowohl gegen Nachlaßforderungen wie gegen Privatforderungen des Erben. Das hängt jedoch mit dem angeblich anspruchsändernden Charakter dieser Einreden, d. h. mit der Möglichkeit einer beschränkten Verurteilung, nicht zusammen. Der Grund ist vielmehr, daß bez. der Aufrechnung gegen die Nachlaßforderungen diese aufschiebenden Einreden nicht stärker wirken können als die Eröffnung des Nachlaßkonkurses und daß der Erbe gegen eine Aufrechnung mit einer ihm persönlich zustehenden Forderung durch § 1977 Abs. I BGB hinreichend geschützt ist[104]). Auch hier ist also ein Zusammenhang mit der beschränkten Verurteilung nicht ersichtlich.

Eine ähnliche Verschiedenheit der anspruchsändernden Einreden zeigt sich endlich auch beim Verzug. Siber lehrt, daß die anspruchsändernden Einreden den Verzug nicht „hindern"[105]). Daß sich der Einfluß der Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinn auf die Voraussetzungen des Verzugs jedoch mit ihrer dilatorischen Natur wohl vereinbaren läßt und daß etwaige Besonderheiten der anderen anspruchsändernden Einreden mit ihrer Eigenschaft, zu einer beschränkten Verurteilung zu führen, jedenfalls nicht zusammenhängen, sollen die folgenden Sätze zeigen.

Hätte die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zur Folge, daß die Fälligkeit des Anspruchs aufgehoben ist, bis die Gegenleistung bewirkt wird, so wäre es an sich gemäß § 284 Abs. I BGB nicht möglich, den Schuldner vor Bewirkung der Gegenleistung in Verzug zu setzen. Es ist jedoch gewiß nicht die Absicht des Gesetzes, die Rechte aus dem Verzuge des Schuldners dem Gläubiger erst dann zu gewähren, wenn er vorgeleistet hat. Da andererseits das BGB in § 326 Verzug bei einer Zug- um Zug-Leistungsverpflichtung voraussetzt, wird man an Stelle des Bewirkens der Gegenleistung eine Vorstufe des Bewirkens genügen lassen müssen zur Herbeiführung der nach § 284 Abs. I BGB erforderlichen Fälligkeit. Welches diese Vorstufe sei, sagt das Gesetz nicht; es ist streitig, ob der Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag seine Gegenleistung erst selbst anbieten muß, um seinen Schuldner in Verzug zu setzen, oder ob es genügt, wenn er nur selbst zur Gegenleistung bereit ist[106]). Das kann jedoch bei

---

[104]) Pl.-Strohal Vorbem. vor §§ 2014, 2015, 6d/3 Crome Bd. V S. 595 § 721, 2c; Pl.-Siber § 390, 1. Wer den materiellrechtlichen Charakter der Einreden leugnet (oben Anm. 96), kann ihnen schon deshalb keine aufrechnungshindernde Wirkung beilegen.

[105]) § 284, 3b.

[106]) Angebot der Leistung verlangen Enneccerus § 247 I; Oertmann § 284, 2i (beide ohne nähere Begründung); Staub-K. Anhang zu § 374 Bem. 8 mit dem Hinweis, es ergebe sich aus § 322 Abs. III, daß Annahmeverzug dem Bewirken der Gegenleistung gleichkomme; will man jedoch aus § 322 Abs. III diese materielle Vorschrift ableiten, dann müßte der Annahmeverzug die Bewirkung der Gegenleistung

dieser Untersuchung unentschieden bleiben, weil es hier nur darauf ankommt, daß es einen Zeitpunkt gibt, an dem der Anspruch auf die Leistung fällig wird, nicht darauf, welcher Zeitpunkt dieses ist.

Die Auffassung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages als dilatorischer Einrede, d. h. als einer Einrede, deren Geltendmachung die Fälligkeit des Anspruchs aufhebt, solange nicht der Gläubiger seine Gegenleistung anbietet, oder wenigstens zur Gegenleistung bereit ist, würde sich demnach praktisch folgendermaßen auswirken: Nimmt man an, daß der Gläubiger seine Gegenleistung anzubieten hat, so ist die Mahnung infolge der die Fälligkeit aufhebenden Einrede unwirksam (§ 284), falls nicht vor oder gleichzeitig mit der Mahnung der Schuldner in Annahmeverzug versetzt worden ist. Demnach wäre neben dem Angebot der Gegenleistung eine neue Mahnung erforderlich. Diese wird jedoch stillschweigend in jedem Angebot der Gegenleistung enthalten sein, das der Gläubiger auf die Einrede des Schuldners hin macht[107]).

Allerdings würde es zu einem unbilligen Ergebnis führen, wollte man vom Gläubiger verlangen, seine Gegenleistung anzubieten, ehe der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages überhaupt geltend macht. Es ist jedoch mit Siber und anderen[108]) anzunehmen, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch beim Verzuge erst Wirkungen ausübt, wenn sie behoben ist. Die entgegengesetzte Meinung[109]), nach der zwar das bloße Entgegenstehen einer Zurückbehaltungseinrede die Fälligkeit des Anspruchs nicht ausschließe, solange er „zur Verweigerung der Leistung berechtigt" sei, klammert sich zu sehr an den Sprachgebrauch des Gesetzes. Dieser enthält wörtlich genommen einen Widerspruch, da das Forderungsrecht und das Recht, die Leistung zu verweigern, einander ausschließen[110]). Außerdem ist nicht verständlich, warum beim Verzug eine Ausnahme gemacht werden soll, während sonst die Einrede immer erst durch Geltendmachung wirkt, z. B. im Prozeß[111]). Endlich bringt die Durchführung der Ansicht, daß schon das Bestehen einer Einrede den Verzug ausschließe, unpraktische Folgerungen mit sich. Im Prozeß müßte die säumige Partei zur Erfüllung des Hauptanspruchs verurteilt werden; die Klage

---

überall ersetzen können und es wäre unverständlich, weshalb er im Gegensatz zum gemeinen Recht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht ausschließt. Bloße Bereitschaft genügt nach Dernburg II, 1 S. 179, § 71 II, 1; Staudinger § 284, I, 2b; RGR-Komm. § 284, 2; de Claparède S. 118; RG Warn. 1921, Nr. 42; RG LZ 1920 Sp. 957, 4; unentschieden in RG Z 50, S. 259.

[107]) Ebenso Paech S. 58.

[108]) Pl.-Siber § 273, 2a; § 284, 3a; Hellwig Anspr. S. 352; Lehrb. I S. 248; Oertmann § 284 1; ZHR Bd. 78, S. 1 ff.; v. Thur I, S. 294 f.; de Claparède S. 42. Für die Zurückbehaltungseinreden auch Paech S. 64 f.

[109]) Langheineken S. 278; RGR-Komm. § 284, 2; Staudinger § 284 I, 1; Staub-K. Erl. 78 vor § 373: Anhang zu § 374 Erl. 8; Kipp bei Windscheid Bd. II S. 139; RG LZ 1920 Sp. 957 Nr. 4, Warn. 1921 Nr. 42 = JW 1921 S. 523 Nr. 2 mit zustimmender Anmerk. von Endemann; RG Warn. 1926 Nr. 95; früher auch Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis Leipzig 1903, S. 142.

[110]) Pl.-Siber a. a. O.

[111]) Oertmann ZHR 78, S. 13, 20; Pl.-Siber a. a. O.

wegen der Verzugszinsen oder der Schadenersatzforderung aus dem Verzuge dagegen müßte abgewiesen werden[112]).

Einfacher stellt sich die Auffassung der Zurückbehaltungseinrede als eines fälligkeitsaufhebenden Leistungsverweigerungsrechts dar, wenn man schon die bloße Bereitschaft zur Gegenleistung für ausreichend hält, den Gegner in Verzug zu setzen. War diese Voraussetzung, wie es in der Regel der Fall ist, schon bei der Mahnung gegeben, so ist damit eine etwa vom Schuldner später geltend gemachte Einrede von vornherein entkräftet, soweit der Verzug in Betracht kommt, eine neue Mahnung ist also in diesem Falle nicht erforderlich.

Vergleicht man nun mit dieser Auffassung diejenige Sibers, die die Zurückbehaltungseinreden als anspruchsändernd bezeichnet, so scheint letztere zunächst den Vorzug zu verdienen. Die Geltendmachung der anspruchsändernden Einrede hat lediglich die Folge, daß der Gläubiger seine Mahnung auf eine Zuvielforderung gerichtet hat, daß der Schuldner nunmehr nur zur inhaltlich beschränkten Leistung Zug um Zug statt zur Leistung schlechthin verpflichtet ist. Die Einrede bewirkt daher nicht, daß der Gläubiger nun noch seine Gegenleistung anbieten müßte; es genügt, wenn er zur Gegenleistung nur bereit ist[113]). Die Sibersche Lehre führt somit zum gleichen Resultat wie die oben vertretene, die Einreden als dilatorische behandelnde Auffassung für den Fall, daß man auch bei dieser letzteren nur Bereitschaft zur Gegenleistung als Verzugsvoraussetzung fordert.

Ihr Vorzug scheint aber darin zu bestehen, daß sie den oben erwähnten Streit über die Verzugsvoraussetzungen (Leistungsangebot — Leistungsbereitschaft) zu lösen vermag, indem sie für die Bereitschaft zur Gegenleistung entscheidet. Jedoch ist Siber folgendes entgegenzuhalten. Wie oben darzutun versucht wurde, läßt sich die anspruchsändernde Eigenschaft der Einreden aus anderen Gesetzesbestimmungen nicht ableiten, und es widerspricht ihr geradezu der Wortlaut des § 320 BGB. Angesichts dessen wird man daraus, daß § 326 BGB selbst nicht bestimmt, wann die zur Mahnung erforderliche Fälligkeit des Anspruchs aus gegenseitigem Vertrag eintritt, daß also nach der hier vertretenen Auffassung eine Gesetzeslücke vorhanden wäre, kein durchschlagendes Argument für die von Siber behauptete Besonderheit der Einreden entnehmen dürfen. Damit entfällt aber die Grundlage für die von ihm vorgeschlagene Entscheidung des Streits[114]).

---

[112]) Oertmann, a. a. O. S. 14 f.; Pl.-Siber a. a. O.; v. Thur Bd. I S. 295.

[113]) Pl.-Siber § 284, 4c.

[114]) Oertmann (§ 284 2 i) verlangt ohne nähere Begründung, daß der Gläubiger seine Gegenleistung anbietet, wenn der Schuldner die Einrede geltend macht. Gleichwohl erklärt auch er, die Einrede hebe die Fälligkeit des Anspruchs nicht auf, weil sie nur zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führe; er vertritt also insoweit sachlich einen ganz ähnlichen Standpunkt wie Siber. Da Oertmann keine Erklärung dafür gibt, welche Wirkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages denn nun positiv zukommt (vgl. oben § 7 zu Anm. 55), dürfte sich von seinem Standpunkt aus keine zwingende Lösung der im Text behandelnden Streitfrage finden lassen. Wie Oertmann, auch Paech S. 64 ff, Dür.-H. Bd. II Einl. Anm. 289 S. 200; vgl. auch Enneccerus § 247 I.

Denjenigen[115]) ist daher zuzustimmen, die die Wirkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und mit ihr der Zurückbehaltungseinreden insgesamt im Gegensatz zu Siber nur als die gewöhnliche, den Verzugseintritt hemmende Wirkung der dilatorischen Einreden überhaupt ansehen.

Auch die Einreden der Haftungsbeschränkung verhindern an sich den Eintritt des Verzugs; nur schließen sie die Haftung des Nachlasses oder der sonst haftenden Vermögensmasse für die Verzugsfolgen nicht aus[116]). Man wird gleichwohl wie bei der Aufrechnung sich nicht gezwungen sehen, deshalb die Einreden anspruchsändernd zu nennen; vielmehr zeigt sich auch hier nur wieder ihre Wirkungslosigkeit hinsichtlich des haftenden Vermögens.

Über den Einfluß der Einreden des Erben gemäß §§ 2014, 2015 BGB auf die Voraussetzungen des Verzugs herrscht Streit[117]). Diejenigen, die ihnen keine den Verzugseintritt hemmende Kraft beilegen, begründen das entweder damit, daß die genannten Einreden überhaupt bloß prozessuale Rechte darstellten[118]), oder mit speziellen Erwägungen aus dem Recht der Erbenhaftung[119]), auf die im einzelnen einzugehen hier zu weit führen würde. Jedenfalls also weist auch diese Besonderheit der aufschiebenden Einreden des Erben, wenn man sie überhaupt als materiell-rechtliche anerkennt, keinen notwendigen Zusammenhang auf mit der Möglichkeit der beschränkten Verurteilung.

Die Zurückbehaltungseinreden und insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages widerstreben demnach in keiner Beziehung ihrer Einreihung in die Gruppe der dilatorischen, d. h. die Fälligkeit aufhebenden Einreden. Insbesondere ist aus der Betrachtung der übrigen anspruchsändernden Einreden ersichtlich geworden, daß sich die allen diesen Einreden gemeinsame Wirkung der beschränkten Verurteilung als Merkmal einer neuen Gattung von Einreden nicht eignet, denn sie läßt keinen Schluß auf eine besondere materiell-rechtliche Gestaltung zu. Die beschränkte Verurteilung ist vielmehr selbst lediglich die parallele prozessuale Folge einer bei den verschiedenen Einreden ganz verschiedenen Rechtslage (Synallagma, beschränkte Haftung usw.) einer Rechtslage, die denn auch im übrigen, bei der Aufrechnung und beim Verzug, keine gleichartigen Wirkungen äußert.

Die besondere Hervorhebung der Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinn vor den übrigen dilatorischen Einreden ist also durch materiell-rechtliche Gründe nicht gerechtfertigt, sondern höchstens durch ihre prozessuale Ausnahmestellung, nämlich die Möglichkeit eines Urteils auf künftige Leistung[120]).

---

[115]) Staudinger § 284 I, 1; Dernburg Bd. II, 1, S. 179 § 71 II, 1; RG Z 50, S. 259; eingehender ist die Auffassung, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags die Fälligkeit des Anspruchs aufhebt, durchgeführt bei Staub-K. Anh. zu § 374, Erl. 8.

[116]) Pl.-Siber § 284, 4d.

[117]) vgl. die oben Anm. 96 angeführte Literatur und RG Z 79, S. 204; Pl.-Siber § 284 Erl. 4d.

[118]) Vgl. oben Anm. 96.

[119]) Vgl. RG Z 79, S. 204.

[120]) Aus diesem Grunde werden sie von Zaun S. 429 von den anderen Einreden unterschieden.

Hiernach ist es unrichtig, die Klage des Vorleistungspflichtigen, der noch nicht erfüllt hat, von Amts wegen mangels Fälligkeit der Nachleistung abzuweisen; denn § 320 Abs. I BGB setzt mit der dilatorischen Einrede des nicht erfüllten Vertrages schon für den Regelfall der Leistung Zug um Zug eine Ausnahme vom Grundsatz des § 271 Abs. II 1. Halbs. BGB fest. Es ist daher nicht zulässig, der Einrede der mangelnden Vorleistung, die ebenfalls dilatorisch ist, die Anerkennung zu versagen. Dem Schuldner aus gegenseitigem Vertrag wird durch § 320 Abs. I ohne Rücksicht darauf, ob er zur Nachleistung oder zur Leistung Zug um Zug verpflichtet ist, ein Gestaltungsrecht gewährt, durch das er die Fälligkeit seiner an sich fälligen Verpflichtung rückwirkend zu beseitigen vermag. Bei Zug- um Zugleistungen hat die Ausübung dieses Gestaltungsrechts die Wirkung, daß der Gläubiger ein Urteil auf künftige Leistung erlangen kann, (§§ 322 Abs. I) bei Vorleistungspflicht des Gläubigers, daß er ein solches Urteil nur im Ausnahmefall des § 322 Abs. II erhält, während er sonst, der gewöhnlichen Wirkung einer dilatorischen Einrede entsprechend, mit seiner Klage abgewiesen wird.

§ 8. 3. Der Zweck der Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Auch der Zweck der Einrede des nicht erfüllten Vertrages verbietet, sie nur auf die Fälle der Zug- um Zug-Leistung zu beschränken. Es ist Sache des Verpflichteten zu entscheiden, ob er die Abhängigkeit seiner Verpflichtung von einer Gegenleistung berücksichtigt haben will oder nicht. Ihm ist lediglich in seinem Interesse dadurch Sicherheit gewährt, daß der Anspruch des Berechtigten nur gegen oder — bei Vorleistungspflicht — nach Bewirkung der von diesem geschuldeten Leistung durchzusetzen ist; es muß daher auch in der Hand des Verpflichteten liegen, sich auf diese Sicherheit zu berufen oder sie aufzugeben. So wird denn in den Motiven zum BGB[121]) als ausschlaggebender Grund für die Normierung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages als Einrede bezeichnet, daß bei einer anderen Regelung, wenn also die Behauptung der Erfüllung der dem Kläger obliegenden Leistung als zum Klaggrund gehörig angesehen werde, die Klage häufig aus Gründen abgewiesen werden müßte, die der Beklagte selbst gar nicht beachtet haben wollte. Aus derselben Erwägung heraus hat schon für das gemeine Recht André[122]) die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verteidigt. Ebenso äußern sich endlich die Motive zum sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch[123]). Dieselben Gründe lassen sich aber auch für die Einrede der mangelnden Vorleistung anführen; in dieser Beziehung besteht zwischen der Abhängigkeit eines Anspruchs von einer Zug- um Zug-Leistung und der Abhängigkeit von einer Vorleistung kein Unterschied[124]).

---

[121]) Mugdan Bd. II S. 112.
[122]) S. 44 ff.
[123]) zit. bei André S. 46.
[124]) So auch Oertmann § 320, 1.

§ 9. 4. Das Ergebnis

Nicht zuletzt wird die Einrede der mangelnden Vorleistung durch die Ergebnisse gerechtfertigt, die sich aus ihrem Charakter als Sonderfall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ableiten lassen.

In § 320 Abs. II wird bestimmt, inwieweit teilweise Nichterfüllung der Gegenleistungspflicht zur Geltendmachung der Einrede berechtigt. Derselben Regelung bedürfen auch die Fälle mangelnder Vorleistung. In der Literatur und in der Rechtsprechung wird daher allgemein § 320 Abs. II auch dann für anwendbar erklärt, wenn es sich um eine teilweise Nichterfüllung des Vermieters oder des Dienstverpflichteten handelt[125]). Gewöhnlich[126]) leitet man das aus der Natur des Miet- und des Dienstvertrags als gegenseitigen Vertrags ab, ohne zu erwägen, daß § 320 Abs. II sich seinem Wortlaut („kann-verweigert werden") und seiner Stellung nach lediglich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bezieht, die ja nach der wohl überwiegenden Lehre bei Vorleistungspflicht nicht gegeben ist. Meines Wissens hat nur Lotmar[127]) sich näher mit der Frage befaßt, ob diese Bestimmung auch dann für die Fälle mangelnder Vorleistung gelten kann, wenn man die Einrede der mangelnden Vorleistung nicht anerkennt. Er bejaht das; aber seine Beweisführung ist nicht recht überzeugend. Wenn er sich darauf beruft, § 320 Abs. II stelle sich nur als Ausfluß des allgemeingültigen § 242 BGB dar, so könnte man ihm entgegenhalten, daß § 320 Abs. II als Sonderregelung für den gegenseitigen Vertrag den § 242 eben insoweit ausschließe, als es sich um die Beachtlichkeit einer teilweisen Nichterfüllung der Gegenleistungspflicht handelt. Wenn Lotmar ferner daraus auf eine allgemeine Gültigkeit des Abs. II für alle gegenseitigen Verträge schließen will, daß in Abs. II das zu Verweigernde als „Gegenleistung" in Abs. I dagegen als „Leistung" bezeichnet wird, so ist das gewiß nicht beweiskräftig angesichts der Tatsache, daß in Abs. II ausdrücklich das Wort „verweigern" wiederholt wird.

Ferner kann bei Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf die Fälle der Vorleistungspflicht des Gläubigers § 320 Abs. I Satz 2 unmittelbar herangezogen werden, wenn den Nachleistungspflichtigen einer von mehreren Vorleistungspflichtigen auf die Nachleistung gelangt. Man ist auch hier nicht zu einem Analogieschluß genötigt[128]). Als Beispiel ist etwa der Fall zu nennen, daß ein Mitglied einer Arbeitergruppe seinen Lohnanspruch geltend macht, ehe die Arbeit der Gruppe geleistet ist; vorausgesetzt allerdings, daß der einzelne Arbeitnehmer überhaupt einen Anspruch gegen den Arbeitgeber hat, also etwa die Gruppe den Vertrag mit dem Arbeitgeber im Namen der ein-

---

[125]) Warneyer § 320 VIII. Mittelstein S. 164; Lotmar I S. 373 f.; Staudinger § 614 I, 2a; RGR-Komm. § 614, 1; Planck § 611, 5c; § 614, 1 RG JW 06, S. 333 Nr. 8; Gruchot 51, S. 931 ff.

[126]) Vgl. die Anm. 125 angeführten RG-Entsch. und RGR-Komm. a. a. O.; Planck a. a. O.

[127]) Bd. I S. 373 f. Bejaht wird die Frage auch von Weinmann S. 29, jedoch ohne Begründung.

[128]) Auch Staudinger § 320, 3. erklärt die Vorschrift für anwendbar, obwohl er die Einrede der mangelnden Vorleistung ablehnt.

zelnen Arbeitnehmer (vgl. § 420 BGB) geschlossen hat. Denn hat die Gruppe den Vertrag im eigenen Namen geschlossen, so steht die Entgeltforderung gewöhnlich nur der Gruppe selbst zu[129])[130]). Würde man annehmen, die mangelnde Vorleistung sei auch ohne eine Einrede des Vorleistungsgläubigers zu berücksichtigen, so würde sich aus § 320 Abs. I Satz 2 bei analoger Anwendung folgende Regel ergeben: „Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann jeder den ihm gebührenden Teil der Leistung erst verlangen, nachdem die ganze Gegenleistung bewirkt ist". Danach wäre die Klage des Gruppenarbeiters auf seinen Lohn nur schlüssig, wenn er behauptete, daß alle Gruppenangehörigen bereits geleistet hätten.

Daß die Abhängigkeit eines Anspruchs von der Bewirkung einer Vorleistung die Verjährung nicht hemmt, weil auch in diesen Fällen § 202 Abs. II BGB einzugreifen hat, ist schon erwähnt[131]).

Alle bisher besprochenen Folgerungen würden sich im wesentlichen allerdings auch ohne die Annahme einer Einrede der mangelnden Vorleistung aus einem Analogieschluß ergeben, und es ist zuzugeben, daß auch nach der hier vertretenen Auffassung dieser Analogieschluß nicht völlig entbehrlich ist, weil nicht sämtliche Fälle der Vorleistungspflicht durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend zu machen sind; wenigstens § 320 Abs. I Satz 2 und § 320 Abs. II, müssen aber für alle Vorleistungsfälle gelten.

II. Ihre Bedeutung zeigt die Einrede der mangelnden Vorleistung vielmehr hauptsächlich im Versäumnisverfahren. Es ist nicht einzusehen, weshalb es hier einen Unterschied machen soll, ob der Kläger eine Vorleistung oder eine Zug- um Zugleistung noch nicht bewirkt hat, wenn er auf die Gegenleistung schlechthin klagt. Lübbert[132]) bezeichnet es freilich als ein ungerechtes Ergebnis, daß der Vorleistungspflichtige ein Versäumnisurteil erhält, auch wenn er selbst erklärt hat, seiner Vorleistungspflicht noch nicht genügt zu haben. Aber er übersieht dabei, daß es dem Beklagten ja jederzeit freistand, sich darauf zu berufen[133]). Das Rechtsgefühl bietet überhaupt hier, wo es sich um eine mehr technische Frage handelt, keine sichere Kontrolle[134]). Auch Keller[135]) hat keine Anerkennung gefunden[136]), als er es für einen Verstoß gegen die bona fides erklärte, wenn der Käufer auf Leistung schlechthin,

---

[129]) Vgl. dazu Hueck-Nipperdey S. 376; Grote S. 242; Bache S. 246, 249; Lotmar Bd. II S. 522 ff.; Scheffler Gruppenarbeit, Leipzig 1928 S. 43 ff, 57 ff; siehe auch Staudinger-Nipperdey Vorbem. VI, 19 vor § 611 a. Ende.

[130]) Ist trotzdem anteilige Entlohnung der einzelnen Gruppenmitglieder durch den Arbeitgeber vereinbart (Beispiel bei Lotmar Bd. II S. 525 Anm. 5), so hat der Arbeitgeber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages schon nach § 334 bezw. § 404 BGB; vgl. Scheffler a. a. O. S. 59.

[131]) oben § 4 zu Anm. 32—34.

[132]) Jher. Jahrb. 52, S. 357.

[133]) Das betont Oertmann § 320, 1.

[134]) Vgl. André S. 29.

[135]) passim, vgl. auch Hölder Arch. ziv. Prax. Bd. 93 S. 116, für das Recht des BGB.

[136]) Vgl. dagegen Puchta, Jahrb. d. gemeinen Rechts Bd. 5, S. 94 ff.

statt auf Leistung Zug um Zug gegen Zahlung des Preises klage. Dieselbe scheinbare Unbilligkeit, die Lübbert rügen zu müssen glaubt, kann sich bei Zug- um Zug-Leistungsansprüchen ergeben: Gleichwohl denkt niemand daran, den Kläger abzuweisen oder ihm nur ein Urteil auf Leistung Zug um Zug zu gewähren, wenn er, obwohl er nach seiner eigenen Erklärung noch nicht geleistet hat, trotzdem auf Leistung schlechthin statt auf Leistung Zug um Zug klagt.

Endlich wird die Frage, ob die mangelnde Vorleistung durch eine Einrede geltend gemacht werden muß, im Urkundenprozeß wichtig. Nach der hier vertretenen Meinung braucht die Bewirkung der Vorleistung vom vorleistungspflichtigen Kläger nicht durch Urkunden bewiesen zu werden (§ 592 ZPO), weil dies keine „zur Begründung des Anspruchs erforderliche Tatsache", sondern nur die Replik auf eine Einrede darstellt[137])[138]).

§ 10. 5. Besondere Fälle beständiger Vorleistungspflicht

I. Theoretisch ist es natürlich möglich, daß die Parteien vereinbaren, der Nachleistungsanspruch solle, ohne daß eine Einrede erhoben wird, erst nach der Vorleistung geltend gemacht werden können; tatsächlich wird das nicht vorkommen, da der Unterschied zwischen Tatsachen, die erst auf eine Einrede hin, und Tatsachen, die ohne eine solche berücksichtigt werden, entweder nicht bekannt ist oder doch als unwesentlich erscheint. Auch die Ansicht Oertmanns ist nicht gerechtfertigt, eine solche Vereinbarung sei wenigstens mittelbar dann abgeschlossen, wenn der Nachleistungspflichtige erst nach Ablauf einer bestimmten Frist nach Empfang der Vorleistung zu leisten habe[139]). Will man diese Ansicht konsequent durchführen, so muß man wie Planck-Siber[140]) in jedem Fall die Einrede für überflüssig halten, wo der Zeitpunkt der Vorleistung oder ein von ihm aus kalendermäßig zu bestimmender Zeitpunkt als dies incertus für die Nachleistung vereinbart ist, also auch, wo die Nachleistung sofort nach Empfang der Vorleistung erfolgen soll. Dann bleibt aber für die Anwendung der Einrede, die doch auch Oertmann und Siber als Regel ansehen,

---

[137]) Nach der durchaus herrschenden Lehre kann auch im Urkundenprozeß ein noch von einer Gegenleistung abhängiger Anspruch geltend gemacht werden (Stein-J. § 592 II; Förster-Kann § 592 1c; RG Z Bd. 56 S. 304); die entgegengesetzte Ansicht Seufferts (§ 592. 2b), der vor allem wegen ihrer verhältnismäßigen Kompliziertheit solche Ansprüche für den Urkundenprozeß nicht für geeignet hält, läßt sich angesichts des im Gegensatz zu § 688 Abs. II ZPO weitergefaßten Wortlauts des § 582 ZPO nicht halten. Dafür, daß § 688 Abs. II eine allgemeingültige gesetzliche Definition der Ansprüche auf Leistung einer bestimmten Geldsumme oder einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen enthalte, wie Seuffert meint, bestehen keine Anhaltspunkte.

[138]) Übrigens scheint es, wie die Kommentare zur ZPO ergeben (vgl. die im § 4 am Anfang angeführte Literatur, wo auch (Anm. 22) ausgeführt ist, daß das Reichsgericht zu Unrecht von den Kommentaren für ihre Ansicht zitiert wird), bisher für den Urkundenprozeß speziell bestritten zu sein, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Vorleistungspflicht des Klägers nicht anwendbar sei.

[139]) § 320, 1.

[140]) § 320, 1b.

nur sehr wenig übrig. Planck-Siber meint, der Vorleistungspflichtige habe in diesen Fällen seine Vorleistung ebenso zu behaupten und zu beweisen, wie wenn jemand erst beim Tode einer bestimmten Person zu fordern habe. Diese Beweisführung geht jedoch fehl, wenn man, wie oben ausgeführt, in § 320 eine Ausnahme vom § 271 zu sehen hat. Erst recht entfällt dann die weitere Ausnahme, die Oertmann für einen ähnlichen Fall machen will, wo die Nachleistungsfrist nicht einmal ausdrücklich vereinbart ist, wenn nämlich die Vorleistung selbst eine gewisse Zeitspanne erfordert. Oertmann denkt dabei offenbar hauptsächlich an die Dienst-, Miet- und Werkverträge. Es ist allerdings richtig, daß bei diesen Verträgen eine Einrede der mangelnden Vorleistung häufig ausgeschlossen ist, nämlich soweit die Vorleistung zeitbestimmt ist. Das ergibt sich aber, wie unten noch zu erörtern ist, aus anderen Gründen als dem von Oertmann angeführten.

II. Ist sonach in der Regel bei beständiger Vorleistungspflicht die mangelnde Vorleistung durch eine Einrede geltend zu machen, weil § 320 Abs. I BGB eine Ausnahmevorschrift gegenüber § 271 BGB darstellt, so sind doch Fälle möglich, in denen trotz beständiger Vorleistungspflicht § 271 anwendbar bleibt. Als Beispiel mag ein Kaufvertrag dienen, nach dem vereinbart ist: der Kaufpreis braucht erst drei Monate nach Lieferung der Ware gezahlt werden, damit der Käufer in dieser Zeit Gelegenheit haben soll, sich durch den Weiterverkauf der Waren die Mittel zur Entrichtung des Preises zu verschaffen. In diesem und anderen Fällen soll die Vorleistungsabrede nicht einen Ausgleich schaffen, zwischen den widerstreitenden Interessen der Parteien, die ihre beiderseitigen Leistungen nicht aus der Hand geben wollen, ehe sie der ordnungsmäßigen Gegenleistung gewiß sind; daß der zur Nachleistung berechtigte Käufer imstande ist, die Ware eingehend zu prüfen, ehe er sie bezahlt, ist vielmehr im oben genannten Beispiel nur nebensächliche, zufällige Folge der Vorleistungspflicht des Verkäufers. Dagegen hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur den Zweck, das erwähnte Sicherheitsbedürfnis beider Parteien zu befriedigen, wie das § 322 Abs. I durch Gewährung des Urteils auf Leistung Zug um Zug zu erkennen gibt. Den gleichen Zweck verfolgen die oben als Regeln behandelten Vorleistungsabreden, wie etwa die Klausel „Kasse gegen Faktura". Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darf aber nicht über diesen ihren Zweck hinaus, also nur dann in den Fällen beständiger Vorleistungspflicht angewendet werden, wenn die Vorleistungpflicht des einen Teils dem anderen Teil in erster Linie eine größere Sicherheit verschaffen soll als ihm durch §§ 320, 322 Abs. I gewährleistet ist. Ein Anzeichen dafür, daß Vorleistungspflicht ohne Sicherungszweck vorliegt, kann darin gefunden werden, daß die Nachleistung nach Ablauf einer bestimmten Frist nach Vorleistung erfolgen soll; denn die Prüfung, ob gehörig erfüllt ist, erfordert gewöhnlich nur kurze Zeit, so daß die Vereinbarung einer besonderen Nachleistungsfrist nicht notwendig ist. Insoweit ist also der im vorhergehenden Absatz erwähnten Lehre Oertmanns und Sibers im Ergebnis beizupflichten.

III. Eine Einrede der mangelnden Vorleistung kann ferner nicht in Betracht kommen, wenn die Vorleistung nachleistungsbestimmend ist. Auch hierfür gilt zunächst das im vorhergehenden Absatz Gesagte: Die Vorleistungsvereinbarung verfolgt bei nachleistungsbestimmender Vorleistung nicht den Zweck, der nachleistungspflichtigen Partei eine größere Sicherheit zu gewähren. Es kommt hier jedoch noch ein weiterer Grund gegen die Ausdehnung des § 320 Abs. I auf diese Gruppe hinzu. Bei einigen der hierher gehörigen Fälle ist der Anspruch auf die Gegenleistung durch den Erfolg der Vorleistung überhaupt bedingt, z. B. die Forderung auf Provision[141]) und die Gewinnanteilsforderung bei partiarischen Verträgen[142]). Aber auch da, wo diese Bedingtheit nicht zutrifft — z. B. beim Akkordlohnanspruch in der Regel und beim Provisionsanspruch, wenn daneben ein Mindestentgelt versprochen ist —, so daß der Erfolg der Vorleistung lediglich die Bemessung des Nachleistungsanspruchs beeinflußt[143]), ist eine schlüssige Klage vor Bewirkung der Vorleistung, weil die Nachleistung noch nicht bestimmt ist, nicht denkbar. Damit entfällt die Notwendigkeit der Einrede von selbst[144]).

Sie ist natürlich erst recht dann nicht möglich, wenn der die Nachleistung bestimmende Vorleistungserfolg selbst nach dem Kalender gemessen wird; ein Beispiel bilden diejenigen besonders häufigen partiarischen Lohnabreden, bei denen der Lohn von dem bei Abschluß des Geschäftsjahres ermittelten Gewinn entrichtet wird; ferner sind Akkordlohn-Abmachungen zu nennen, wonach der Lohn nach der Anzahl der monatlich fertiggestellten Arbeitsstücke bemessen und demgemäß am Monatsende bezahlt wird. Für die genannten Beispiele kommt ein weiterer Grund, der einer Einrede der mangelnden Vorleistung entgegensteht, hinzu: Mit dem Eintritt des kalendermäßig bestimmten Nachleistungstermins wird die Vorleistung überhaupt unmöglich. Über diese letztere Eigenart soll im nächsten Paragraphen bei der Behandlung der insoweit gleichliegenden Fällen zeitbestimmter Vorleistung gesprochen werden.

IV. Wie die Fälle beständiger Vorleistungspflicht sind diejenigen zu behandeln, bei denen die Merkmale beständiger und unbeständiger Vorleistungspflicht in der im ersten Paragraphen erwähnten Weise kumulativ vereinigt sind, sobald hier der selbständig bestimmte Nachleistungstermin eingetreten ist. Bei alternativer Verknüpfung der beiden vorleistungsbestimmenden Elemente ist dagegen immer nur eine Einrede gegeben, auch vor Eintritt des selbständig bestimmten „Nachleistungs"termins, weil dieser nur zugunsten des Vorleistungspflichtigen vereinbart ist und eigentlich nur den Zeitpunkt bezeichnet, an dem der Vorleistungsberechtigte die Einrede der mangelnden Vorleistung verliert.

---

[141]) Jaerisch, Lohnanspruch bei unvollendeter Akkordarbeit, Mannheim 1925, S. 16; Thal S. 108 f.

[142]) Crome Partiar. Rechtsgesch. S. 218.

[143]) Vgl. die zu Anm. 141 angegebene Literatur und Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 208; Kreller S. 11, 42 f.

[144]) Crome Partiar. Rechtsgeschäfte S. 191; Kaskel, Lehrb. S. 137.

§ 11. III. Zeitbestimmte Vorleistung

Bei zeitbestimmter Vorleistung ist eine Einrede der mangelnden Vorleistung ausgeschlossen[145]). Das gilt zunächst, wenn der Anspruch auf die Nachleistung vor Eintritt des Nachleistungstermins, z. B. vor dem Monatsende, an dem der Mietzins gezahlt werden soll, geltend gemacht wird. Denn oben ist festgestellt, daß nur bei beständiger Vorleistungspflicht, d. h. wenn der Eintritt des Nachleistungstermins lediglich von der Bewirkung der Vorleistung abhängt, auf Grund der Ausnahmevorschrift des § 320 Abs. I die mangelnde Fälligkeit erst auf eine Einrede des Schuldners hin berücksichtigt wird. Bei zeitbestimmter Vorleistung kann jedoch nicht ermittelt werden, ob beständige oder unbeständige Vorleistungspflicht vorliegt. Da die Einrede eine Ausnahme von der Regel des § 271 bildet, kann ihre Anwendbarkeit auf diese Fälle jedenfalls nicht ausgedehnt werden. Ist der Nachleistungstermin eingetreten, so kommt eine Einrede der mangelnden Vorleistung gleichfalls nicht in Frage. Der Vorleistungsberechtigte, der behauptet, der Gegner habe selbst noch nicht geleistet, z. B. der Vermieter habe ihm die gemietete Sache noch nicht überlassen, macht damit die durch Eintritt des Nachleistungstermins, der zugleich Schlußtermin für den Leistungszeitraum der Vorleistung ist, bewirkte Unmöglichkeit der Vorleistung geltend, d. h. durch Ablauf des für die Vorleistung bestimmten Zeitabschnitts entsteht für ihn eine Einwendung aus §§ 323, 325 BGB, soweit nicht der Anspruch des Gegners selbständig geworden ist (z. B. nach §§ 324, 615 BGB).

---

[145]) Darüber, daß aus der Fassung der §§ 551, 614, 699 (z. B. „der Mietzins *ist* zu entrichten") keine Entscheidung der Frage zu gewinnen ist, vgl. oben § 4 vor Anm. 23.

C. Die Repliken auf die Einrede der mangelnden Vorleistung

§ 12. Repliken, die zur Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung führen

Die Einrede der mangelnden Vorleistung führt im Gegensatz zur gewöhnlichen Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 322 Abs. I BGB) nicht zu einem Urteil auf Leistung Zug um Zug, sondern regelmäßig zur Abweisung der Klage angebrachtermaßen. Es sind nunmehr die Repliken[1]) auf diese Einrede zu betrachten, durch deren Geltendmachung eine Abweichung von dieser Regel bewirkt wird. Sie sind hier nur zu erwähnen, soweit sie sich gerade aus der Vorleistungspflicht ergeben. Es lassen sich nach ihrer Wirkung zwei Gruppen unterscheiden, solche, die statt der Klagabweisung Verurteilung des Nachleistungsschuldners zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung, und solche, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug herbeiführen.

I. Zur ersten Gruppe gehört der Fall des § 322 Abs. II BGB. Der Vorleistungspflichtige kann auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen, wenn der Gläubiger sich in Annahmeverzug befindet[2]).

Die Vorschrift hat den Zweck, dem Vorleistungspflichtigen, der infolge der Annahmeverweigerung des Berechtigten nicht imstande ist, die ihm entgegenstehende Einrede der mangelnden Vorleistung durch Erfüllung zu beseitigen, gleichwohl zu der ihm gebührenden Gegenleistung zu verhelfen. Sie ist daher unanwendbar in den Fällen unbeständiger Vorleistungspflicht, da hier der Anspruch auf die Nachleistung ohne Rücksicht auf die Erfüllung der Vorleistungspflicht lediglich durch Zeitablauf fällig wird und der Vorleistungsgläubiger dann gemäß § 320 Abs. I auf Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung klagen kann[3]).

Auch auf die Fälle nachleistungsbestimmender Vorleistung kann § 322 Abs. II nicht angewandt werden, denn bei ihnen kann überhaupt kein bestimmter Klageantrag auf die Nachleistung

---

[1]) Von Repliken wird hier und im folgenden der Einfachheit halber auch da gesprochen, wo die mangelnde Vorleistung nicht erst auf eine Einrede des Vorleistungsgläubigers hin, sondern schon von Amtswegen berücksichtigt wird.

[2]) Hellwig, Anspruch S. 376 und Fischer-Henle § 322, 3 zählen gemäß ihrem Standpunkt, wonach die Erfüllung der Vorleistungspflicht zum Klagegrund gehört, auch den Annahmeverzug hierher, dagegen hebt Oertmann § 322, 4, richtig hervor, daß der Annahmeverzug nur eine die Einrede der mangelnden Vorleistung überwindende Replik begründe.

[3]) Adler Sp. 816; Warneyer § 322 II; Fischer-Henle § 322, 3.

gestellt werden, solange nicht die Vorleistung bewirkt ist[4]). Der Vorleistungspflichtige hat daher in der Regel auch andere Möglichkeiten, zu seinem Rechte zu kommen. Häufig besteht eine Pflicht des Nachleistungspflichtigen an der Feststellung der Nachleistung in der vereinbarten Weise mitzuwirken. Das wird man z. B. bei dem schon genannten Vertrage annehmen dürfen, nach welchem der Käufer des Obstes selbst ernten soll. Bestritten ist es für das ebenfalls erwähnte Beispiel des zum Tunnelbau verkauften Kieses[5]). Ist eine solche Pflicht nicht gegeben oder trifft doch den im Annahmeverzug befindlichen Vorleistungsgläubiger kein Verschulden, so wird man dem Vorleistungsschuldner ein Rücktrittsrecht zubilligen müssen[6]). Im Dienstvertragsrecht, wo eine Pflicht zur Abnahme der Dienste in der Regel nicht besteht[7]), ist ein solches Rücktrittsrecht (Kündigungsrecht) schon durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung dem gewerblichen Akkordarbeiter gewährt[8]). Der Dienstverpflichtete hat aber daneben noch den besonderen Rechtsbehelf des § 615 BGB[9]).

Bei zeitbestimmter Vorleistung steht zwar an sich der Anwendbarkeit des § 322 Abs. II nichts im Wege; aber er wird in den meisten Fällen bedeutungslos sein, weil durch den Ablauf der Leistungszeit die Vorleistung in der Regel unmöglich wird[10]) und der Vorleistungspflichtige dann nach § 324 Abs. II ohnedies den Anspruch auf die Gegenleistung behält[11]). Anders ist es nur, wenn ein Anfangstermin für die Vorleistung nicht bestimmt ist, etwa in dem von Siber[12]) erwähnten Beispielsfall, wo der Mieter einer Sommerwohnung in einem Badeort den Beginn der Mietzeit zwischen dem 1. Juni und 31. Juli zu bestimmen hat. Bei Dienstverträgen macht § 615 BGB den § 322 Abs. II überflüssig.

---

[4]) Vgl. RG Warn. 1912 Nr. 281 S. 316. Die gleiche Schwierigkeit ergibt sich aus § 615 BGB z. B. beim Akkordlohnvertrag. Wenn man dort auch eine Lösung gefunden hat, indem man die ohne den Annahmeverzug wahrscheinlich erzielte Arbeitsleistung berechnet (Dersch, N. Z. f. A. R. 1927, Sp. 347; Jaerisch Lohnanspruch bei unvollendeter Akkordarbeit S. 24 f.), so läßt sich das auf § 322 Abs. II doch nicht anwenden, weil hier die Vorleistung tatsächlich später noch erfolgen kann und muß, wenn der Annahmeverzug bereinigt wird.

[5]) Vgl. einerseits Kipp, DJZ 1903, S. 254; andererseits Krückmann, Clausula S. 86 ff.; es braucht hierauf nicht näher eingegangen zu werden, da es hier lediglich darauf ankommt, festzustellen, daß zuweilen diese Pflicht besteht. Ob sie besteht, das wird immer von der Auslegung gerade des betreffenden Vertrages abhängen, wegen partiarischer Pacht- und Mietverträge siehe Crome Partiarische Rechtsgeschäfte S. 93, 135, wo eine solche Pflicht bejaht wird.

[6]) Vgl. Krückmann, Clausula S. 88 f.

[7]) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 192 ff.; Dersch, N. Z. f. A. R. 1927, Sp. 347; Kaskel, Akkordlohn S. 220 ff. (Franke); Hueck-Nipperdey S. 219; RGR-Komm. § 611, 3; Oertmann § 611, 2e; vgl. aber Wölbing Akkordvertrag und Tarifvertrag, Berlin 1908. S. 133, 144, und Bewer. N. Z. f. A. R. 1921, Sp. 33 f.

[8]) Gew.-O. § 124 Ziff. 4; vgl. Lotmar Bd. II S. 713; Wölbling a. a. O. S. 135 tritt für analoge Ausdehnung auf alle Akkordverträge ein.

[9]) Dazu vgl. Anm. 4 und die dort angeführte Literatur.

[10]) Pl.-Siber § 271, 3a, S. 162.

[11]) Pl.-Siber § 324b; Oertmann § 324a. Ende; § 615, 2 am Anfang; Kreller S. 53 f.

[12]) § 271 3a S. 162.

Nachdem so das Anwendungsgebiet des § 322 Abs. II begrenzt ist, kann auf seinen Inhalt näher eingegangen werden. Streitig ist, ob der Vorleistungspflichtige, nachdem er den Gegner in Annahmeverzug gesetzt hat, danach erst den Ablauf einer etwa bedungenen Nachleistungsfrist, z. B. bei einer Vereinbarung: Zahlung des Kaufpreises sechs Wochen nach Lieferung der Ware, abwarten muß, ehe er gemäß § 322 Abs. II Klage erhebt. Adler[13]) bejaht dies und nennt deshalb ebenso wie Seuffert[14]) das Urteil gemäß § 322 Abs. II ein Urteil auf sofortige Leistung. Auch Dernburg[15]) und Crome[16]) stellen — wahrscheinlich aus demselben Grunde — dieses Urteil dem auf Leistung Zug um Zug lautenden gleich, das ja die herrschende Lehre als ein Erkenntnis auf sofortige Leistung ansieht. Adler geht davon aus, daß der Annahmeverzug ebenso wie Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug die Nachleistungsfrist in Lauf setze. Das würde aber, will man nicht dem Nachleistungsberechtigten eine unbillige Verzögerung seiner Befriedigung zumuten, zur Folge haben müssen, daß dieser nach Ablauf der Frist ohne weiteres auf Leistung Zug um Zug klagen kann, gleichgültig, ob nachträglich der Annahmeverzug beendet wurde oder nicht. Das ist wohl kaum vom Gesetz beabsichtigt worden; denn andernfalls wäre weder die prozessuale Fassung des § 322 Abs. II BGB erklärlich, noch wäre die scharfe Unterscheidung des Urteils auf Leistung n a c h Empfang der Gegenleistung vom Urteil auf Leistung g e g e n Empfang der Gegenleistung (vgl. § 322 Abs. I und II und § 274 Abs. I BGB) notwendig gewesen. Es wäre zudem ein für den Gläubiger der Vorleistung, der ja den Annahmeverzug nicht verschuldet zu haben braucht, unbilliges Ergebnis. Die Gesetzesmaterialien ergeben gerade das Gegenteil der von Adler vertretenen Ansicht. Der Antrag Strohals[17]), auf den Adler sich beruft, ging dahin, den Absatz 2 des § 273 des Entwurfs II (jetzt § 322 Abs. II) wie folgt zu fassen: „Hat der eine Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist, Verurteilung desselben zur Leistung b e i F ä l l i g k e i t nach Empfang der Gegenleistung verlangen.“ Wie die Stellung der Worte „bei Fälligkeit“ ersichtlich macht, befaßte sich der Antrag also überhaupt nicht mit den Klagevoraussetzungen, sondern lediglich mit der Urteilsfassung und sollte zum Ausdruck bringen, daß die materielle Rechtslage durch die Gewährung der Klage nicht geändert werde[18]).

Aus dem gleichen Grunde wird man entgegen der Ansicht Adlers[19]) auch die Aufrechnung des Vorleistungsschuldners während des Annahmeverzuges des Gläubigers nicht zulassen dürfen. Nach BGB beseitigt der Annahmeverzug die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht mehr, im Gegenteil soll der Zusammen-

---

[13]) Sp. 819, 822; Hellw. System S. 268, ist and. Ans.

[14]) § 726, 2; a. Ans. die herrsch. Lehre, vgl. Hellw. System S. 267 f.; Lehrb. S. 371; Anspr. S. 376 f.; Pl.-Siber § 320, 1b.

[15]) II, 1 S. 242.

[16]) § 169 Ziff. 4 Bd. II 1, S. 175.

[17]) Mugdan Bd. II S. 636; Protok. S. 8416.

[18]) Vgl. die Entgegnung auf den Antrag bei Mugdan a. a. O.

[19]) Sp. 819 f.

hang der beiderseitigen Ansprüche möglichst lange, d. h. bis zur Vollstreckung gewahrt bleiben. Die Aufrechnung bleibt daher wegen § 390 BGB unstatthaft[20]).

Es schadet dem Gläubiger der Nachleistung nicht, wenn er Verurteilung auf Leistung schlechthin, statt auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung beantragt. Auch bei Verträgen auf Leistung Zug um Zug wird ja der Kläger nicht abgewiesen, der einfache Leistung statt Leistung Zug um Zug verlangt[21]).

II. Daneben kann der Gläubiger der Nachleistung auch gemäß § 259 ZPO auf diese klagen, ohne die Einrede der mangelnden Vorleistung befürchten zu müssen[22]). Voraussetzung ist, daß begründete Besorgnis besteht, der Nachleistungspflichtige werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Ein solcher Fall ist z. B. gegeben, wenn der Nachleistungsschuldner sich schon vor Empfang der Vorleistung weigert, den Anspruch des Gegners später zu befriedigen, oder wenn er Beweismittel beseitigt oder Vermögensstücke verschleppt, so daß daraus seine Absicht nicht zu erfüllen erkennbar wird. Bloßer Vermögensverfall des Nachleistungsschuldners genügt jedoch nicht, um die Klage gemäß § 259 zu rechtfertigen. Immer muß vielmehr die genannte Besorgnis durch ein Tun oder Unterlassen des Gegners verursacht sein, das dieser zu vertreten hat[23]).

Dagegen dürfte eine weitere Voraussetzung für den Erlaß des Urteils nach § 259 ZPO von Staub-Koenige[24]) zu Unrecht aufgestellt sein. Danach müßte schon zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung gewiß sein, daß die Leistung des Vorleistungspflichtigen auch wirklich erfolgen wird. Zwar wird der Kläger nicht durchdringen, wenn schon während des Prozesses feststeht, daß seine Leistung am Fälligkeitstermine unmöglich sein wird und der Fall des § 324 BGB nicht vorliegt, z. B. wenn das vom Kläger verkaufte Pferd schon jetzt ohne Verschulden des Beklagten eingegangen ist. Dagegen wird die Gewißheit der rechtzeitigen Erfüllung der Vorleistungspflicht niemals im voraus einwandfrei festzustellen sein; und wenn man sich statt dessen mit einem größeren oder geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit begnügen wollte, würde jedenfalls die Prozeßführung unnötig erschwert werden. Unnötig deshalb, weil der Kläger ohnehin das Urteil nicht vollstrecken kann, ehe er nicht seine Vorleistung bewirkt und auf Grund dessen die Vollstreckungsklausel erlangt hat. Die von Staub-Koenige[23])

---

[20]) Die fast gleichliegende Frage der Aufrechnung einer Forderung, der die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegensteht, im Falle des Annahmeverzugs des Aufrechnungsgegners hat das Reichsgericht bejahend entschieden. (RG Z Bd. 94, S. 309). M. E. aus dem im Text angeführten Grunde zu Unrecht, gleicher Ansicht wie das Reichsgericht Staub-K. Anm. 79, vor § 373; RGR-Komm. § 390, 1; richtig Planck-Siber § 390, 1; OLG Rostock in Seuff. Arch. 67, Nr. 150; zweifelnd Oertmann § 390, 1.

[21]) Pl.-Siber § 322, 2; Crome § 169 Ziffer 4 S. 170; Schollmeyer § 322, 2; a. Ans. wohl nur Lübbert, Jher. Jahrb. 52, S. 358.

[22]) Pl.-Siber § 320 1a; Oertmann § 320, 1; Staub-K. Anm. 80a vor § 373; Mittelstein S. 372 f.; Stein-J. § 259 I; Seuffert § 259, 1; RG Z 61 357; wohl unstreitig.

[23]) Vgl. Stein-J. § 259 II; Seuffert § 259, 1; Moos S. 54 ff.

[24]) Staub-K. vor § 373 Erl. 44 am Ende unter Berufung auf RG JW 1914, S. 937 Nr. 24 und RG Warn. 1912, Nr. 281, S. 316.

angezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts betreffen denn auch anders gelagerte Fälle. Dort sind nur solche Punkte des anspruchsbegründenden Tatbestands ungewiß, die nicht Gegenstand der Prüfung des die Erteilung der Vollstreckungsklausel anordnenden Richters sind, so daß der Beklagte bei einer nachträglichen Veränderung auf die Vollstreckungsgegenklage angewiesen wäre.

Nur da trifft der in den genannten Entscheidungen ausgesprochene Grundsatz zu, wo die einstweilige Ungewißheit oder Unbestimmtheit der Vorleistung auch eine Unbestimmtheit des Umfangs der Nachleistung zur Folge hat, also bei nachleistungsbestimmender Vorleistung[25]). In diesen Fällen ist daher eine Klage auf künftige Leistung nicht möglich. Für § 259 ZPO gilt insoweit dasselbe wie für § 322 Abs. II BGB. Es kann deshalb auf das oben Gesagte verwiesen werden.

Gleichgültig ist, ob der Kläger selbst verschuldet hat, daß sein Anspruch noch nicht fällig ist[26]). Er kann daher auch dann nach § 259 klagen, wenn er mit der ihm obliegenden Vorleistung im Verzuge ist.

III. Es könnte fraglich sein, ob derjenige, der wiederkehrende Leistungen gegen Vorleistungen zu beanspruchen hat, nicht nach § 258 ZPO Klage auf die ihm gebührenden Leistungen erheben kann. Dem widersprechen jedoch zunächst die Motive, die in der Aufzählung von Beispielen erkennen lassen, daß man an von einer Gegenleistung abhängige Ansprüche bei der Fassung der Paragraphen nicht gedacht hat[27]), wie ja auch das zuvor geltende Prozeßrecht, das die ZPO in dieser Beziehung nicht ändern wollte[28]), ein derartiges Urteil nur bei einseitigen Verpflichtungen kannte[29]). Vor allem aber würde die Zulassung einer solchen Klage dem Zweck des § 258, eine Wiederholung von Prozessen zu vermeiden[30]), nicht entsprechen, denn der schwierigen und bei jeder neuen Rate andere Aufgaben stellenden Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Vorleistung kann man auf diese Weise nicht entgehen. Sie wird nur in die Vollstreckungsinstanz verschoben. Die herrschende Lehre läßt denn auch ein Urteil auf wiederkehrende, von Gegenleistungen abhängige Leistungen nicht zu[31]). Bei Abhängigkeit der wiederkehrenden Leistungen von wiederkehrenden Vorleistungen wird die Unzweckmäßigkeit eines Urteils nach § 258 ZPO noch besonders deutlich, weil hier nicht erst der Gerichtsvollzieher bei der Vornahme der Vollstreckungshandlung, sondern schon der Vorsitzende des Gerichts nach § 726 Abs. I bei Erteilung der Vollstreckungsklausel zu prüfen hat, ob

---

[25]) Vgl. RG Warn. 1912 Nr. 281 S. 316.
[26]) RG JW 1917, S. 481 Nr. 25.
[27]) Vgl. die Motive zur Novelle Hahn-Mugdan Bd. VIII S. 100.
[28]) Vgl. die Motive bei Hahn-Mugdan a. a. O.
[29]) Vgl. Hellwig Lehrb. S. 368.
[30]) Vgl. die Motive bei Hahn-Mugdan a. a. O.
[31]) Seuffer § 258 1; Förster-Kann § 258 1; Rich. Schmidt S. 716; Goldschmidt S. 31; Hellw. System S. 267; Pl.-Siber § 320 1b; Mittelstein S. 372 Anm. 5; RG Z Bd. 61, S. 333; RG in Gruchot Bd. 66, S. 449 f.; OLG Rspr. 11, S. 55; Bd. 19, S. 93; a. Ans. Stein-J. § 258, I, und Hellw. Lehrb. I, S. 371; zweifelnd Lotmar I, S. 363 Anm. 1.

vorgeleistet ist[32]). Somit ist eine nur auf § 258 ZPO gestützte Klage auf künftig fälligwerdende Mietzinsraten[33]) oder Dienstlohnbeträge[34]) abzuweisen.

IV. Ehe zur zweiten Gruppe der Repliken auf die Einrede der mangelnden Vorleistung übergegangen wird, sollen noch die Besonderheiten besprochen werden, die sich in der Zwangsvollstreckung der gemäß § 322 Abs. II BGB und § 259 ZPO ergangenen Urteile gegenüber der Zwangsvollstreckung aus Urteilen auf Leistung schlechthin oder auf Leistung Zug um Zug ergeben. Wie kommt die Tatsache der mangelnden Vorleistung zur Geltung, wenn sie ausnahmsweise nicht die Abweisung der Klage bewirken konnte?

Die Vollstreckbarkeit des Urteils auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung ist dadurch bedingt, daß entweder die Vorleistung bewirkt oder der Vorleistungsgläubiger in Annahmeverzug gesetzt wird. (§§ 322 Abs. II, § 274 Abs. II)[35]). Streitig ist, wem bei einem Urteil gemäß § 322 Abs. II die Prüfung dieser Voraussetzungen obliegt. Rehbein und Förster-Kann[36]) führen aus, durch § 322 Abs. III, der auch für Urteile gemäß Abs. II auf den, seinem Wortlaut nach nur für Urteile auf Leistung Zug um Zug passenden, § 274 Abs. II BGB verweise, seien allgemein die für Zug-um-Zug-Leistungsurteile geltenden Vollstreckungsregeln auch für die auf Grund des § 322 Abs. II erstrittenen Urteile für maßgebend erklärt. Gemäß §§ 726 Abs. II, 756, 765 ZPO müßte daher das Vollstreckungsorgan prüfen, ob die Vorleistung ordnungsmäßig angeboten ist[37]). Die herrschende Lehre erklärt dagegen mit Recht, daß gemäß § 726 Abs. I schon die Vollstreckungsklausel erst erteilt werden darf, wenn Vorleistung oder Annahmeverzug des Vollstreckungsschuldners nachgewiesen worden ist[38]). Denn das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, daß es mit der Verweisung auf eine einzige der für die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung Zug um Zug geltenden Regeln auch die übrigen angewandt wissen wollte. § 726 Abs. II spricht nur von Urteilen auf Leistung Zug um Zug, obwohl in einem früheren Entwurf dieser Vorschrift auch Urteile auf Leistung nach Vorleistung ausdrücklich mit aufgenommen waren[39]). Zudem passen

---

[32]) Bei Abhängigkeit von einer Vorleistung läßt auch Stein-J. § 258 in Abweichung von seiner in Anm. 31 wiedergegebenen Ansicht ein Urteil nach § 258 ZPO nicht zu.

[33]) OLG Rspr. 11, S. 55.

[34]) OLG Rspr. 19, S. 93.

[35]) Darüber, daß Nachweis des Annahmeverzugs genügen muß, obwohl im § 726 ZPO dies für den Fall der Vorleistung unerwähnt geblieben ist, vgl. Hellwig Anspr. S. 377, Anm. 15.

[36]) Rehbein Bd. II S. 177 Anm. 6 zu §§ 320/327. Förster-Kann. § 726 1b; gleicher Ansicht Crome § 169 bei Anm. 26; ebenso wohl Endemann S. 793, § 141 Anm. 18.

[37]) Anders nur nach § 726 Abs. II bei Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung.

[38]) Rieß S. 581 ff.; Staub-K. Vorbem. 80a vor § 373; Hellw. Anspr. S. 377; Falkmann S. 127; Seuffert § 726, 1; Stein-J. § 726, III; OLG Dresden Seuff. Arch. 64, S. 170 Nr. 83.

[39]) Vgl. Wach. Vorträge S. 328 in der Anmerkung. Auch die Motive bei Hahn-Mugdan Bd. VIII, S. 136/137.

die §§ 726, 756, 765 ZPO auch ihrem Zweck nach nicht für diese Urteile. Man hat für Urteile auf Leistung Zug um Zug von der Regel des § 726 Abs. I ZPO eine Ausnahme gemacht und das Vollstreckungsorgan mit der Prüfung des Angebots der Gegenleistung betraut, um einen möglichst gleichzeitigen Austausch von Leistung und Gegenleistung zu gewährleisten. Im allgemeinen ging das Bestreben dagegen dahin, jedenfalls dem Gerichtsvollzieher schwierigere Entscheidungen nicht zu übertragen und ihm nur reine Vollstreckungsaufgaben zu lassen[40]). Ein gleicher Grund für die Entscheidung des Vollstreckungsorgans ist bei Urteilen auf Leistung nach Vorleistung nicht vorhanden.

Gemäß § 726 Abs. I muß der Nachweis der Vorleistung oder des Annahmeverzugs durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht werden. Streitig ist, ob für den Nachweis des Annahmeverzugs auch die Vorlegung des Urteils genügt, in dem ja der Annahmeverzug gemäß § 322 Abs. II BGB schon festgestellt sein muß. Es handelt sich dabei zwar nicht um eine Frage, die speziell bei Urteilen auf Leistung nach Vorleistung auftaucht, sie mag aber gleichwohl hier behandelt werden, weil sie bei diesen Urteilen im Gegensatz zu denen auf Leistung Zug um Zug regelmäßig vorkommt. Ein Urteil gemäß § 322 Abs. II würde nämlich bei Bejahung der Frage zum Nachweis des Annahmeverzugs nur selten, etwa dann nicht geeignet sein, wenn es ein Anerkenntnisurteil ist[41]).

Die herrschende Lehre erklärt mit Recht, der Annahmeverzug sei durch das Urteil auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung regelmäßig erwiesen[42]). Allerdings ist die Begründung nicht zutreffend, die ein Teil der Vertreter dieser Lehre gibt: Es genüge zur Zwangsvollstreckung, daß sich der Schuldner vor Urteilserlaß in Annahmeverzug befunden habe[43]). Das BGB bringt durch § 322 Abs. III in Verbindung mit § 274 zum Ausdruck, daß es auch im Falle des § 322 Abs. II den Annahmeverzug n a c h dem Urteil als Vollstreckungsvoraussetzung betrachtet. Insofern ist daher Hellwig und Rieß[44]) gegenüber der herrschenden Lehre Recht zu geben. Aber das hindert doch nicht, daß der die Vollstreckungsklausel erteilende Richter die Fortdauer des Annahmeverzugs kraft einer tatsächlichen Vermutung durch das Urteil für erwiesen ansehen muß[45]). Bei dieser Auffassung besteht auch nicht das

---

[40]) Vgl. Wach Vorträge S. 323 ff.; Kohler, Arch. ziv. Prax. Bd. 72 S. 27; Hahn-Mugdan S. 434.

[41]) Vgl. Seuffert § 726, 2.

[42]) Pl.-Siber § 322, 3; Oertmann § 322, 5; Hellwig (Oertmann) System Bd. II S. 250 Anm. 6; Staudinger § 322, 3; Dür.-H. Bd. II Anm. 243 der Einleitung S. 157 f.; Staub-K. Anm. 80 vor § 373; Falkmann S. 127; Weismann Bd. II S. 38; Stein-J. § 726 III; Seuffert § 726, 2; Förster-Kann § 756, 2b; Neumann JW 01, S. 740 f.; RG JW 09, S. 463 Nr. 23; OLG Dresden Seuff. Arch. 64 S. 170; OLG Kolmar Rspr. 17, S. 188; LG Eisenach JW 1923 S. 862 Nr. 9 mit Anmerkung von Schultz, Begründung zur Novelle bei Hahn-Mugdan Bd. VIII, S. 157; a. Ans. Hellw. Anspr. S. 377 ff.; Rieß S. 584 f.; Rehbein Bd. II S. 177 Anm. 6 zu §§ 320/327; Reuter S. 86 ff.

[43]) Oertmann § 322, 5; Falkmann S. 127; RG JW 09. S. 463 Nr. 23; vgl. auch Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen, Kieler Festgabe für Jhering S. 111 ff.; Staub-K. Anm. 80 vor § 373.

[44]) Hellwig a. a. O.; Rieß a. a. O.

[3]) Vgl. dazu einerseits Wach ZZP 29, S. 374 ff.: Leonhard S. 102 ff., anderer-

Bedenken, auf das Rieß[46]) aufmerksam macht, es sei widersinnig, den Richter, ehe er die Erteilung der Vollstreckungsklausel anordnet, prüfen zu lassen, ob in dem regelmäßig von ihm selbst oder unter seinem Vorsitz erlassenen, nur auf Grund des Annahmeverzugs des Schuldners möglichen Urteil der Annahmeverzug festgestellt sei. Denn bei dieser Gesetzesauslegung kommt es ja für den Richter nur darauf an, zu prüfen, ob die Vermutung der Fortdauer des Annahmeverzugs im einzelnen Fall gerechtfertigt ist.

Für die hier vertretene Auslegung sprechen vor allem praktische Erwägungen[47]): In der Mehrzahl der Fälle wird der Schuldner den Annahmeverzug auch nach dem Urteil nicht bereinigen; man würde daher dem Gläubiger überflüssige Schwierigkeiten machen, wollte man trotzdem verlangen, daß er seine Leistung abermals anbietet oder auf andere Weise sich den Beweis des Annahmeverzugs verschafft.

Hat der Vorleistungspflichtige ein Urteil nach § 259 ZPO erwirkt, so ist unstreitig, daß die Vorleistung oder der Annahmeverzug des Gegners schon zur Erlangung der Vollstreckungsklausel durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 726) oder in dem gemäß § 731 ZPO angestrengten Prozeß nachgewiesen werden muß[48]).

Ist die Vollstreckungsklausel auf Grund des Annahmeverzugs des Schuldners erteilt, so ist es für die Wirksamkeit der schon erfolgten Vollstreckungshandlungen gleichgültig, ob nachträglich der Annahmeverzug beseitigt wird, ein Umstand, den der Schuldner gemäß §§ 732, 768 ZPO geltend zu machen hätte. Denn andernfalls könnte der Schuldner jede Vollstreckung vereiteln. Lediglich die weitere Vollstreckung ist davon abhängig, daß die Leistung dem Schuldner erneut in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise zuvor angeboten worden ist[49]).

§ 13. Repliken, die zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führen

Die zweite Gruppe der Repliken auf die Einrede der mangelnden Vorleistung bilden diejenigen, die die Verurteilung des Gegners zur Leistung Zug um Zug bewirken.

I. Es herrscht Streit darüber, ob der Vorleistungspflichtige aus § 321 BGB die Befugnis herleiten kann, gegen den Nachleistungspflichtigen Klage auf die Leistung oder doch wenigstens auf Gewährung einer Sicherheit Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu erheben. Richtig ist, daß die nach dem Wortlaut des Paragraphen allein mögliche Einrede dem Vorleistungspflichtigen nicht genügen kann, weil er durch die Verweigerung seiner eigenen Leistung lediglich einen Schwebezustand herbeiführt,

[46]) Ebenso Kipp a. a. O S. 111 und Wach Anm. auf S. 326 ff.
[47]) Darauf weist vor allem Schultz JW 1923, S. 862, hin.
[48]) Stein-J. § 726 III; Weismann Bd. II S. 38; Seuffert § 726, 2.
[49]) Pl.-Siber § 322, 3; Reuter S. 83 ff. gelangt mit anderer Begründung zu demselben Ergebnis.

dessen Beseitigung allein von der Bereitschaft des Nachleistungspflichtigen, Erfüllung Zug um Zug zu fordern, abhängig ist. Eine solche Unsicherheit widerspricht den Bedürfnissen eines geordneten Rechtsverkehrs. Staub und Düringer-Hachenburg[50]) gewähren deshalb dem Vorleistungspflichtigen eine Klage auf Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung. Ihnen ist aber mit der herrschenden Lehre[51]) entgegenzuhalten, daß dadurch dem zur Nachleistung Berechtigten, der die Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse nicht verschuldet zu haben braucht, eine Änderung des Schuldverhältnisses aufgezwungen wird, die der Absicht des § 321 jedenfalls widerspricht, denn der Vorleistungspflichtige sollte nur gesichert werden, aber er sollte nicht durch den Vermögensverfall seines Gegners eine Besserung seiner eigenen Rechtslage erfahren[52]). § 321 stellt unstreitig einen Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus dar[53]). Diese führt niemals zur Besserstellung des Schuldners, sondern gibt ihm lediglich die Möglichkeit, das Rechtsverhältnis aufzulösen[54]).

Auch Oertmann[55]) läßt eine Klage des Vorleistungspflichtigen auf Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu. Er führt aus, der Vorleistungspflichtige könne der vom Gegner erhobenen Einrede der mangelnden Vorleistung die Replik aus § 321 entgegenhalten. Demgegenüber hat jedoch Planck-Siber[56]) mit Recht schon früher darauf hingewiesen, daß eine Einrede immer nur zur Verteidigung gewährt ist, immer nur zur Verweigerung der eigenen Leistung berechtigt, aber niemals einen Angriff stützen kann, durch den der Anspruch auf die fremde Leistung geltend gemacht wird.

Auch die Ausführungen Dietrichs[57]) sind nicht als richtig anzuerkennen, wenn er von der falschen Voraussetzung ausgehend, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages setze ein Schuldverhältnis auf Leistung Zug um Zug voraus, den Schluß zieht, § 321 verwandle, indem er dem Vorleistungspflichtigen diese Einrede gewähre, seine Forderung in eine solche auf Leistung Zug um Zug. Es ist schon oben erwähnt, daß die genannte Voraussetzung nicht richtig ist[58]); außerdem besteht das weitere Bedenken, daß die in § 321 gewährte Einrede mit der des § 320 I auch sonst nicht

---

[50]) Staub DJZ 1903 S. 388; Dür.-H. Bd. II S. 165 ff. Anm. 250 der Einleitung.

[51]) RGR-Komm. § 321, 3; Pl.-Siber § 321, b; Staudinger § 321, 1; Kohler II S. 248; Rehbein Note 5 zu §§ 320 ff.; Bd. II S. 176; Fischer-Henle § 321, 5; Staub-K. Erl. 40 vor § 373; Laubhardt Arch. ziv. Prax. Bd. 109, S. 248; Adler Sp. 824; Stahl S. 12; RG in JW 04, S. 201 Nr. 11; 03 Beilage S. 6 Nr. 15; RG Z Bd. 53 S. 63; RG Gruchot 55, S. 898; OLG Zweibrücken Seuff. Arch. 63, S. 272; Hamburg Seuff. Arch. 58, S. 308 = Rspr. Bd. 4, S. 222; Seuff. Arch. 59, S. 93 = Rspr. 6, S. 44; Rspr. 4 S. 12; Rspr. 33, S. 22.

[52]) Unrichtig ist daher, wenn Dür.-H. a. a. O. sich darauf berufen, § 321 bestimme ja selbst schon eine Änderung des Schuldverhältnisses. Vgl. OLG Dresden Seuff. Arch. 72 S. 11 Nr. 6.

[53]) Vgl. Staudinger § 323, 1; Fischer-Henle § 321, 7; Oertmann § 321, 1.

[54]) Vgl. etwa Stahl S. 1 ff.

[55]) § 321, 5b.

[56]) § 321, b gegen die von Oertmann schon in der 4. Aufl. § 321, 4b vertretene Ansicht; ähnlich Rehbein Anm. 5 zu § 320 ff. Bd. II S. 176.

[57]) In DJZ 04, Sp. 1078.

[58]) Vgl. oben § 4 zu Anm. 31.

identisch ist, weil sie durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann.

Endlich ist auch der von Kohler und Adler[59]) gewiesene Ausweg nicht gangbar. Danach könnte der Vorleistungspflichtige durch ein Angebot seiner Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung gemäß § 298 BGB den Gläubiger in Annahmeverzug setzen und dann gemäß § 322 II auf die Gegenleistung klagen. Es ist jedoch nicht richtig, daß der Vorleistungspflichtige durch ein solches Angebot den Annahmeverzug herbeiführen könnte[60]). Obwohl die Fassung des § 298 erkennen läßt, daß der Schuldner einen Anspruch auf die Gegenleistung nicht zu haben braucht, wird man diesen Paragraphen auf den Fall des § 321 BGB nicht anwenden dürfen. Denn das würde, wie §§ 322 Abs. II und III BGB und 373 HGB zeigen, zu einer vom Gesetz nicht gewollten Besserstellung des Vorleistungspflichtigen führen, weil es diesem mehr gewähren würde als eine bloße Sicherung gegen einen bei bedingungsloser Vorleistung zu erwartenden Vermögensverlust.

Zum Nachweis, daß eine Klage des Vorleistungspflichtigen auch nicht notwendig ist, dem oben erwähnten Bedürfnis nach Beendigung des durch Geltendmachung der Einrede entstandenen Schwebezustands vielmehr auf eine einwandfreiere Weise abgeholfen werden kann, mag noch kurz die von der heute wohl herrschenden Lehre vorgeschlagene Lösung erwähnt werden, obwohl sie an sich mit der Einrede der mangelnden Vorleistung nichts zu tun hat. Danach hat der Vorleistungspflichtige dem nachleistungspflichtigen Gegner eine angemessene Frist zur Erklärung zu setzen, ob er Sicherheit leisten oder Zug um Zug gegen die Vorleistung erfüllen will; ist diese Frist fruchtlos verstrichen, so kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrage zurücktreten[61]). Zu dieser Lösung führt folgende Erwägung: Das BGB zeigt schon in anderen Bestimmungen, daß es auf die Beendigung derartiger ungewisser Zustände hinzuwirken sucht (§§ 108 II, 177 II, 264, 466 BGB). Zudem würde der Nachleistungspflichtige, der allein den Schwebezustand aufzuheben vermag, wider Treu und Glauben handeln, wenn er seinen Schuldner am Vertrage festhalten wollte, obwohl er selbst nicht imstande oder willens ist, Sicherheit zu leisten oder Zug um Zug zu erfüllen.

II. Dagegen entfällt die Vorleistungspflicht tatsächlich in einem anderen, dem des § 321 ähnlichen Fall, nämlich, wenn der Vorleistungsberechtigte durch Berufung auf die Vorleistungspflicht gegen Treu und Glauben verstoßen würde[62]). Der Vorleistungspflichtige kann dann auf Leistung Zug um Zug klagen,

---

[59]) Kohler II S. 200; Adler Sp. 824 f.

[60]) Staub-K. Erl. 44 vor § 373; Pl.-Siber zu § 321 b (vgl. aber § 298, 1); Warneyer § 321, I; OLG Hamburg Rspr. 4 S. 222; OLG Dresden Rspr. 33, S. 220 (= Seuff. Arch. 72, S. 11 Nr. 6).

[61]) Staub-K. Erl. 44 vor § 373; Stahl S. 12; Warneyer § 321 IV; OLG Hamburg, Rspr. 6 S. 45; Dresden. Rspr. 33, S. 220 = Seuff. Arch. 72 Nr. 6 S. 11. Vgl. auch Krückmann S. 17 ff.; Nissen JW 03, S. 361 ff.; Laubhardt Arch. ziv. Prax. 109, S. 248 ff.; offen gelassen bei Pl.-Siber § 321b.

[62]) RGR-Komm. § 320. 4; Warneyer § 320 III; Oertmann § 320, 5a; Staub-K. Erl. 77b vor § 373; Fischer-Henle § 320, 3; RG in Gruchot 63, 219.

oder er kann gemäß § 326 BGB vorgehen, nachdem er den Gegner durch ein Zug-um-Zug-Angebot in Verzug gesetzt hat. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist insbesondere der Fall behandelt, daß der zur Nachleistung Berechtigte sich ausdrücklich vom Vertrage losgesagt hat[63]). Hierher sind ferner die Entscheidungen zu rechnen, in denen die Vorleistungspflicht unberücksichtigt blieb, weil der zur Nachleistung berechtigte Käufer die Aufwertung des Kaufpreises verweigert hatte[64]). In solchen Fällen kann dem Vorleistungspflichtigen nicht zugemutet werden, zu leisten, obwohl er mit Sicherheit annehmen muß, daß er die Gegenleistung überhaupt nicht oder doch nur mit Schwierigkeiten erhalten wird. Der Vorstoß des zur Nachleistung Berechtigten gegen Treu und Glauben muß eine Gefährdung des Anspruchs des Gegners herbeiführen; denn andernfalls ist die Umwandlung der Vorleistungspflicht in eine Pflicht zur Zug-um-Zug-Leistung zwecklos. Die Vorleistungspflicht entfällt daher nicht schon bei bloßem Verzug des Nachleistungsschuldners[65]). Die Aufhebung der Vorleistungspflicht ist insbesondere dann billig, wenn dem Nachleistungsberechtigten durch die Vorleistungsabrede größere Sicherheit verschafft werden sollte, als ihm bei Zug-um-Zug-Leistung gewährt ist. Befolgte dagegen die Vereinbarung der Vorleistungspflicht einen anderen Zweck, so wird sorgfältig abgewogen werden müssen, ob die Beeinträchtigung der Sicherheit des Nachleistungsgläubigers die Vereitelung dieses Zweckes rechtfertigt.

Im Gegensatz zu dem Fall des § 321 BGB darf bei einem solchen Verstoß des Nachleistungspflichtigen dem anderen Teil Klage auf Leistung Zug um Zug gewährt werden, weil hier den Gegner ein Verschulden, ja sogar ein Treu und Glauben verletzendes Verschulden trifft. Aber auch nur unter dieser Voraussetzung wird die Klage zuzulassen sein. Trifft sie z. B. bei dem erwähnten Streit über die Aufwertungspflicht nicht zu, so wird sich der vorleistungspflichtige Verkäufer mit einer bloßen Einrede analog § 321 BGB begnügen müssen[66]), zumal er sich ja, anders als beim Vermögensverfall des Gegners, jederzeit durch eine Feststellungsklage[67]) Gewißheit über seinen Anspruch verschaffen kann.

Diese Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein solches auf Leistung Zug um Zug findet bei unbeständiger Vorleistungspflicht

---

[63]) RG in JW 1924, S. 1141; RG Warn. 1908 Nr. 451 S. 340.

[64]) RG in JW 1926 S. 788 Nr. 3 (= RG Z 112, S. 194) mit Bemerkung von Plum; RG in Jur. Rundsch. 1926, S. 365; nach Oertmann § 320, 1, und Lesser JW 1914, S. 508 kann der Vorleistungspflichtige Rücknahme der Weigerung verlangen und bis dahin seine Leistung zurückhalten. Das führt jedoch in zahlreichen Fällen zu keiner befriedigenden Lösung, wenn nämlich die Zurücknahme verweigert wird oder Zweifel bestehen, ob sie wirklich ernstlich erklärt ist.

[65]) OLG Hamburg in Rspr. 36, S. 17; Warneyer § 320 III; Staub-K. Vorbem. 77b vor § 373.

[66]) Vgl. Plum, JW 1926 S. 788 a. E.; v. d. Trenck, JW 1924 S. 1141.

[67]) Das Feststellungsinteresse ist begründet, obwohl der Kläger auf Leistung klagen könnte und erst auf die vom Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Vorleistung hin abgewiesen werden müßte. Es kann ihm nicht zugemutet werden, auf diese Gefahr hin die Leistungsklage anzustrengen; vgl. Stein-J. § 256 III 5, S. 707 und OLG München, JW 1928 S. 1321 Nr. 10.

nicht statt. Denn hier besteht dazu kein Bedürfnis, weil der Vorleistungspflichtige ohnehin nach Eintritt des Nachleistungstermins auf Leistung Zug um Zug klagen kann und auch nicht in Verzug kommt, solange die Erfüllung der Gegenleistung vom Nachleistungspflichtigen in Zweifel gestellt ist[68]).

Auch die Fälle nachleistungsbestimmender Vorleistung müssen hier ausscheiden, weil bei ihnen eine Zug-um-Zug-Leistung infolge der besonderen Abhängigkeit der Nachleistung von der Vorleistung nicht möglich ist. Der Vorleistungspflichtige muß sich mit dem Rücktrittsrecht und dem Schadensersatzanspruch begnügen, die ihm auf Grund der hier regelmäßig vorliegenden positiven Vertragsverletzung zustehen. Will man jedoch mit Krückmann[69]) die Möglichkeit einer positiven Vertragsverletzung vor Fälligkeit der Nachleistung nicht anerkennen, so hat der Vorleistungspflichtige jedenfalls ein Kündigungsrecht auf Grund der clausula rebus sic stantibus, d. h. wegen der durch das Verhalten des Schuldners begründeten Ungewißheit über die Erfüllung der Nachleistung.

III. Endlich ist der Vollständigkeit halber noch § 615 BGB zu erwähnen. Danach kann der Vorleistungspflichtige die reine Gegenleistung fordern, ohne Verurteilung des Gegners zur Leistung Zug um Zug befürchten zu müssen[70]).

---

[68]) Vgl. oben § 7 IV, zu Anm. 106.

[69]) Clausula S. 89 ff.

[70]) Eine Replik gegen die Einrede der mangelnden Vorleistung ist hiermit aber nur in den Fällen gewährt, wo die Dienstleistung nicht inzwischen unmöglich geworden ist, weil sie innerhalb eines bestimmten Zeitabschnittes zu verrichten war. Vgl. oben § 10 III, § 11.

D.

§ 14. Die Beweislast

Zum Schluß mag noch die Frage der Beweislast gestreift werden. Nach der herrschenden Lehre[1]) hat bei beständiger Vorleistungspflicht derjenige zu beweisen, daß der Gegner vorleistungspflichtig ist, der sich darauf beruft. Das ergibt sich daraus, daß das BGB in § 320 Abs. I Satz 1 mit den Worten „es sei denn, daß . . ." zum Ausdruck bringt, es betrachte Zug-um-Zug-Leistung als Regel, Vorleistung gegen Nachleistung als Ausnahme. Die entgegengesetzte Meinung[2]) vertreten diejenigen, die nicht anerkennen, daß das BG durch die besondere Fassung („es sei denn, daß . . .", „wenn nicht", „wenn . . . nicht" usw.) die Beweislast geregelt habe[3]), und die ferner von dem Kläger den Beweis alles dessen verlangen, was die Entstehung seines Anspruchs begründet, ohne Rücksicht darauf, ob es sich dabei um naturalia oder accidentalia negotii, um die vom Gesetz als Regel angesehenen Tatbestände oder um Abweichungen davon handelt[4]). Auf diese Probleme kann hier nicht weiter eingegangen werden, da sie nur behandelt werden können bei Betrachtung größerer Zusammenhänge, die mit der Vorleistungspflicht nichts mehr zu tun haben. Das gilt auch von dem für die unbeständige Vorleistungspflicht wichtigen Streit, wer nach § 271 die Vereinbarung der Erfüllungszeit zu beweisen hat[5]).

---

[1]) Staudinger § 322, 2; Oertmann § 320, 5; Dernburg II, 1 S. 242; Rosenb. Beweisl. S. 337.

[2]) Stölzel, Schulung S. 87 f. Anm. 1; Leonhard S. 352.

[3]) Vgl. dazu einerseits Wach ZZP 29, S. 374 ff.: Leonhard S. 102 ff., andererseits Düringer Recht 05, S. 577 ff.; Planck I S. LVII; Rosenb., Beweisl. S. 152 ff.; vermittelnd Stein-J. § 282 IV, 4b; Enneccerus I, 1 § 51, I S. 110.

[4]) Vgl. dazu einerseits Leonhard S. 259 ff.; Stölzel Schulung S. VII, XXVIII ff.; andererseits Rosenb., Beweisl. S. 328 ff.; Wach in ZZP 29, S. 393; Stein-J. § 282, IV, 6.

[5]) Vgl. dazu einerseits Stölzel Schulung S. 159 ff., 177; Recht 01, S. 503; Leonhard S. 292 ff.; Enneccerus I, § 181, V, § 248, I, 1; Planck § 163, 5; RG 68, 305 ff.; andererseits Rosenb., Beweisl. S. 336; Oertmann § 271 7; Pl.-Siber § 271, 4c; Staudinger § 271, Erl. 8; Stein-J. 282, 6; OLG Königsberg Rspr. 5, 144; OLG München Seuff. Arch. 70 Nr. 101, S. 178.

Lebenslauf

Verfasser ist am 23. Juni 1906 in Dortmund als Sohn des Medizinalrats Dr. Paul Köttgen geboren. Er ist evangelischer Konfession. Zu Ostern 1924 erhielt er das Reifezeugnis des Städt. Gymnasiums in Dortmund, einer humanistischen Anstalt. Er studierte Rechtswissenschaften, und zwar zunächst zwei Semester — Sommer 1924 und Winter 1924/25 — in München, darauf ein Semester — Sommer 1925 — in Freiburg, danach ein Semester — Winter 1925/26 — wieder in München und endlich drei Semester — Sommer 1926 bis Sommer 1927 — in Münster i. W. Am 14. Dezember 1927 bestand er die erste juristische Staatsprüfung. Die mündliche Doktorprüfung fand am 17. Juli 1930 statt.

Verlagsdruckerei Hans Plasnick, Großenhain i. Sa.